Die Option

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Werner Schumann
aus Stuttgart

1969
1968

Druck: Rudolf Stehle GmbH & Co KG, Düsseldorf

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547604_0094

Die Option

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Werner Schumann
aus Stuttgart

1969

Druck: Rudolf Stehle GmbH & Co KG, Düsseldorf

Dekan:	Prof. Dr. Karl Peters
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Josef Esser
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Joachim Gernhuber

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS Seite I

LITERATURVERZEICHNIS IV

§ 1 Aufgabenstellung 1

1. Kapitel Rechtliche Einordnung der Option 5

§ 2 Die Option als bedingtes Rechtsgeschäft
I Anwendung der §§ 158 ff. BGB (Ansicht FLUME)
II Wollensbedingung als bedingtes Geschäft i. S. des § 158 BGB 9

§ 3 Option und Kauf auf Probe 13

§ 4 Das unwiderrufliche Angebot 17
I Einseitige Einräumung des Angebots
II Vertragliche Einräumung des Angebots (Ansicht HENRICH) 21

§ 5 Die Option als Gestaltungsrecht (Ansicht BÖTTICHER) 23
I Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht
II Option und unwiderrufliches Angebot 28

2. Kapitel Die Abgrenzung zwischen Option, Vorvertrag und Hauptvertrag

§ 6 Option und Vorvertrag 33

§ 7 Forderungsrecht und Gestaltungsrecht 35
I Die Vereinbarung einseitiger Erwerbs- oder Verkaufspflichten
II Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht und Inhaltsbestimmung i. S. des § 315 BGB 40
III Der sog. Kaufanwärtervertrag 44

§ 8 Nachträgliche Festlegung des Vertragsinhalts 47
I Der Vorbehalt späterer Einigung
II Richterliche Vertragsergänzung 50
III Vorvertrag und unvollständiger Hauptvertrag 53
IV Einseitige Vertragsergänzung nach § 315 BGB 57

§ 9 Die Erfüllung des Vorvertrags 58
I Inhalt der Leistungspflicht
II Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs 63
III Sonderfall: Die Verpflichtung zur Vertragsabänderung 67

3. Kapitel Die Rechtsstellung der Parteien

§ 10 Schutz des Berechtigten 71
I Schadensersatz
II Zugriff auf das Surrogat 75

§ 11 Der Schutz des Gebundenen 77
I Schutz beim pactum de emendo
II Schutz beim pactum de vendendo 80

§ 12 Übertragung der Option 82
I Inhalt des Optionsrechts
II Option und unwiderrufliche Vollmacht 85

§ 13 Die Option im Konkurs 89

4. Kapitel Sonderformen von Option und Vorvertrag

§ 14 Der Vorrechtsvertrag 91
I Der wirtschaftliche Tatbestand
II Die Rechtsstellung des Berechtigten 94
III Der Mitteilungsanspruch 99
IV Festlegung des Vertragsinhalts 101

§ 15 Minimum - Maximumklausel 106

5. Kapitel Mißbrauch der Optionsform

§ 16 Bindung des Optionsberechtigten 108
I Gegenleistung für die Optionseinräumung
II Vereinbarung eines Strafversprechens 112

§ 17 Doppeloption 116

§ 18 Umgehungsgeschäfte 118

§ 19 Ergebnisse 121

LITERATURVERZEICHNIS

BETT, ST.	JW 1911, 626
BLOMEYER,A.	La promesse de vente vaut vente; in Festschrift für Leo Raape, 1948, S. 269 ff.
BLOMEYER,A.	Studien zur Bedingungslehre, 1938/39.
BORUTTAU-KLEIN	Kommentar zum Grunderwerbssteuergesetz, 7. Aufl., 1965.
BÖTTICHER,E.	Besinnung auf das Gestaltungsrecht in Festschrift Dölle I, Bd. 1 S. 41 ff., 1963
BÖTTICHER,E.	Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964.
CARTELLIERI,W.	Die Option, BB 1948, 162 ff.
v. CAEMMERER,E.	Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, 1962.
ENNECCERUS-LEHMANN	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958.
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. 1960.
ERMAN,W.	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl. 1962.
ESSER,J.	Schuldrecht, 2. Aufl. 1960.
ESSER,J.	Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963, 489.
FIKENTSCHER,W.	Das Schuldrecht, 1965.
FLUME,W.	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1965.
FUCHS,E.	JW 1911, 201.
HACHENBURG,M.	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 6. Aufl. 1956.
HECK,Ph.	Grundriß des Schuldrechts, 1929.

HENRICH,D.	Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag, 1965.
HENSE,F.	DNotZ 1951, 128 ff.
HOFFMANN,W.	Beiträge zum Verlagsrecht, Ufita 1933, 215 ff.
JAEGER-LENT	Konkursordnung, 8. Aufl. 1958.
KLEINE,H.	Zur Gültigkeit verlagsrechtlicher Optionsklauseln, JZ 1957, 303 f.
KRESS,H.	Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, 1934.
LARENZ,K.	Die rechtliche Bedeutung der Optionsvereinbarungen, DB 1955, 209 ff.
LARENZ,K.	Lehrbuch des Schuldrechts, 7. Aufl. Bd. I 1964, Bd. II 1965.
LEONHARD,F.	Besonderes Schuldrecht des BGB, 1931.
LORENZ,W.	Vorzugsrechte beim Vertragsabschluß; in Festschrift für Dölle, Bd. 1 S. 103 ff. 1963.
MÜLLER-FREIENFELS,W.	Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955.
NEUMANN,G.	Die Bedeutung der Optionsklausel, Diss. jur. Halle, 1935.
NEUMANN-DUESBERG,H.	Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff. BGB, JZ 1952, 705 ff.
NEUMAYER,K.	Vertragsschluß durch Kreuzofferten; in Festschrift für Riese, 1964, S. 309 ff.
NIPPERDEY,H.C.	Vorhand, Vorkaufsrecht und Einlösungsrecht, ZBlHR, 1930, 300 ff.
OERTMANN,P.	Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 1927; Recht der Schuldverhältnisse, 4.Aufl. Bd. 1, 1928, Bd. 2 1929.
OERTMANN,P.	Leistungshandlung und Leistungserfolg, ZBlHR 93, 356 ff.
PALANDT,O.	Bürgerliches Gesetzbuch, 25. Aufl. 1966; zitiert nach Bearbeitern: DANCKELMANN, GRAMM.

PFEIFFER,M.	Können Rechte aus einem Vertragsantrag übertragen werden? LZ 1912, 374 ff.
PINZGER	Der verlagsrechtliche Optionsvertrag, GRUR 1930, 589 ff.
PLUM	Der Einfluß des Krieges und der Revolution auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung, JW 1921, 51 ff.
RAAPE,L.	Die Wollensbedingung, 1912.
RAISER,L.	Dingliche Anwartschaften, 1961.
RGR-Kommentar	Kommentar zum BGB, 11. Aufl., Bd. I 1 1959, Bd. I 2 1960, Bd. II 1 1959; zitiert nach Bearbeitern.
REINEKE	DNotZ 1953, 210 ff.
RÖSER,F.	Ankaufsrecht, Vorhand, Einlösungsrecht und Option, Diss. jur. Bonn 1938.
SEUFFERT,L.v.	Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses, LZ 1907, 20 ff.
SOERGEL-SIEBERT	Kommentar zum BGB, 9. Aufl. seit 1959; zitiert nach Bearbeitern.
STAUDINGER,J.v.	Kommentar zum BGB, 11. Aufl. Bd. I (Allgemeiner Teil) 1957, 10. Aufl. Bd. II 1 (Schuldverhältnisse) 1935, 11. Aufl. Bd. II 2 (Schuldverhältnisse) 1955; zitiert nach Bearbeitern.
STINZING,W.	Die Vorverpflichtung auf dem Gebiet der Schuldverhältnisse, 1903.
TIKTIN,W.	Die Option im Rechtsverkehr, Diss. jur. Heidelberg 1934.
TUHR,A.v.	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II 1, 1914; Bd. II 2, 1918.
TUHR,A.v.	Die unwiderrufliche Vollmacht; in Festschrift für Paul Laband, 1908.
WÜRDINGER,H.	Die privatrechtliche Anwartschaft als Rechtsbegriff, Diss. jur. München 1928.

§ 1 Einleitung

Ein Vertrag entsteht aus der Begegnung der auf das gleiche Ziel gerichteten rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen mehrerer Geschäftspartner. Wenn nun ein Partner allein durch seine Willenserklärung ein Vertragsverhältnis begründen kann, so bezeichnet man die Befugnis aus dieser besonderen Rechtsstellung als Option[1].

Eine Option vereinbaren die Parteien, wenn sie sich noch nicht in der starren Form des schuldrechtlichen Vertrages binden wollen. Denn mit der Option wahrt sich ein Partner die Freiheit, die Entscheidung über die endgültige Vertragsbegründung von einem späteren Willensentschluß abhängig zu machen. Sein Gegner ist aber von Anfang an gebunden.

Das BGB kennt den Begriff Option nicht. Nur im Besonderen Teil des Schuldrechts sind mit Vorkaufsrecht und Wiederkaufsrecht zwei Geschäftsformen kodifiziert, in denen jeweils die Erklärung eines Partners zur Begründung eines Vertragsverhältnisses ausreicht. Da aber die rechtliche Konstruktion dieser beiden Geschäftsformen fast leidenschaftlich umstritten ist[2], ist ihr Nutzen für die Klärung der Rechtsnatur der Option gering.

Obwohl die Behauptung, daß durch Optionsausübung ein Vertragsverhältnis allein durch die Willenserklärung eines Partners begründet werden kann, Widerspruch herausfordern müßte, blieb die Geschäftsform Option bis in die neuere Zeit ohne eingehende Untersuchung. Die Gerichte freilich haben häufig zu Fragen der Option Stellung nehmen müssen. Sie haben diese Fragen (im Ergebnis meist interessengerecht) mit der pragmatischen Formel gelöst, daß unter der Bezeichnung Option und ähnlichen Begriffen ganz unterschiedliche rechtliche Figuren zusammengefaßt werden. So hat der V.Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einer grundsätzlichen

---

1) Zur Definition vgl. LARENZ II, 40 IV 3 und HENRICH, S. 227.
2) Vgl. statt aller LARENZ II, 40 III.

Entscheidung vom 28.9.1962 (veröffentlicht in DNotZ 1963, 230 = RPfleger 1963, 153[3]) folgenden Leitsatz formuliert: "Ankaufsrecht ist kein eindeutiger Begriff. Solche Rechte lassen sich sowohl vertraglich - mittels bedingten Kaufvertrags oder Vorvertrags - einräumen als auch einseitig durch ein befristetes Verkaufsangebot. Was jeweils gemeint ist, ergeben die Umstände des Einzelfalles."

1965 hat HENRICH in einer groß angelegten Monographie die Rechtsnatur der Option untersucht. HENRICH verwirft die von dem Bundesgerichtshof angebotenen Konstruktionsmöglichkeiten und spricht von einer Option nur dann, wenn die Parteien eine unwiderrufliche Offerte vertraglich vereinbart haben[4]. Im übrigen sollen sich aber eine einseitig eingeräumte und eine vertraglich eingeräumte Offerte in ihrem Rechtsgehalt nicht unterscheiden[5]. In beiden Fällen soll der Empfänger der Offerte Inhaber eines Gestaltungsrechts sein[6].

Zur gleichen Zeit hat FLUME sein Lehrbuch des Allgemeinen Teils - Teil II - des Bürgerlichen Rechts veröffentlicht. Er hat dort auch Fragen der Option angeschnitten. FLUME sieht in dem Optionsvertrag schon einen fertig abgeschlossenen Vertrag[7]. Dieser Vertrag ist allerdings in besonderer Weise bedingt: seine Wirkungen sollen erst dann eintreten, wenn der Optionsberechtigte eine dahingehende weitere Willenserklärung abgibt.

Weder HENRICH[8] noch FLUME haben dabei die Uberlegungen beachtet, die BÖTTICHER[9] schon im Jahre 1963 in der Festschrift für Dölle formuliert hat. BÖTTICHER hat dort den

---

3) = BB 1962, 1303. = LM Nr.16 zu § 433 BGB.

4) S. 231 und 242.

5) S. 231.

6) S. 242.

7) 38, 2d.

8) HENRICH erwähnt BÖTTICHER nicht einmal im Literaturverzeichnis.

9) BÖTTICHER, Besinnung auf das Gestaltungsrecht in Festschrift Dölle I, Bd.1 S.41 ff.

grundsätzlichen Unterschied zwischen dem Vertragsschluß durch Zusammenwirken von Angebots- und Annahmeerklärung und der Rechtsbegründung durch Ausübung eines Gestaltungsrechts hingewiesen[10]. Und er hat dabei der beliebten Vorstellung, die auch HENRICH kritiklos übernommen hat, widersprochen, daß schon die Rechtsstellung des Empfängers einer Offerte ein Gestaltungsrecht ist[11]. Erst damit hat er den Weg für eine eigenständige Theorie der Rechtsbegründung durch einseitige Willenserklärung freigemacht.

Insgesamt sind das schon fünf verschiedene Möglichkeiten, mit denen die Rechtsbeziehungen der Parteien im Stadium zwischen der Einräumung des Optionsrechts und seiner Ausübung erklärt werden. Sie bewegen sich in der weiten Spanne zwischen der rechtlich wenig gefestigten Rechtsbeziehung, die zwischen Offerenten und Offertempfänger besteht auf der einen Seite und dem bedingten Rechtsgeschäft auf der anderen Seite.

Diese Konstruktionsvielfalt rechtfertigt die erneute Beschäftigung mit der Rechtsfigur Option. Diese Arbeit hat zum Ziel, von der Richtigkeit einer bestimmten dogmatischen Auffassung zu überzeugen. Unsere Auffassung geht dahin, daß es neben der üblichen Form des Vertragsschlusses durch unmittelbares Zusammenwirken der Beteiligten (vgl. § 305 BGB) auch die rechtlich anerkannte Möglichkeit gibt, daß nur ein Geschäftspartner durch seine Erklärung den Entstehungstatbestand eines Schuldverhältnisses verwirklicht. Dieses besondere rechtliche Können ist seiner Qualität nach ein subjektives Gestaltungsrecht. Wir nennen dieses Recht "Option".

Dabei wird dem Begriff Option bewußt ein ganz bestimmter rechtlicher Gehalt beigelegt. Das Optionsrecht als subjektives Recht steht damit im Gegensatz zu allen Rechtsstellungen geringerer Qualität, bei denen im Sinne der eingangs

---

10) Festschrift Dölle I, S. 45.

11) Vgl. Festschrift Dölle I, S. 52 ff; Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht S. 13 f.

mitgeteilten Definition ebenfalls von einer Vertragsbegründung durch einseitige Erklärung gesprochen werden mag.

Diese Auffassung von der Rechtsnatur des Optionsrechts bringt uns in eine gewisse Frontstellung zu der von HENRICH begründeten Konstruktion des Optionsrechts. Als Ergebnis dieser Auseinandersetzung mit HENRICH soll gezeigt werden, daß das "Recht", eine vertraglich eingeräumte Offerte anzunehmen, zwar in seiner rechtlichen Bestandskraft einem Optionsrecht (im Sinne unserer Definition) nahezu gleichkommt, daß es aber hinsichtlich seiner sonstigen Qualität kein subjektives Recht ist.

Bevor aber die besondere rechtliche Qualität des Optionsrechts allein mit dem Vorliegen eines subjektiven Gestaltungsrechts erklärt werden kann, bedarf es einer Auseinandersetzung mit jenen Konstruktionen, die die Rechtsfolgen der Option mit dem Bestehen schuldrechtlicher Pflichten begründen: Sei es mit dem Bestehen eines wollensbedingten aufschiebend bedingten Vertrags oder mit dem Bestehen vorvertraglicher Leistungspflichten.

1. KAPITEL

RECHTLICHE EINORDNUNG DER OPTION

§ 2 Die Option als bedingtes Rechtsgeschäft

I Anwendung der §§ 158 ff. BGB (Ansicht FLUME)

1) Viele Rechtsfolgen der Option können leicht erklärt werden, wenn man mit der herrschenden Lehre[1)] in der Option ein bedingtes Rechtsgeschäft sieht. Auf diese Weise läßt sich begründen, daß die Optionseinräumung der Form des § 313 BGB bedarf, daß der bedingte Anspruch des Optionsberechtigten nach § 160 BGB geschützt ist, nach § 883 I 2 BGB durch eine Vormerkung gesichert werden kann und im Konkurs des Verpflichteten Masseschuld ist.

Allerdings führt die Anwendung der Vorschriften des Bedingungsrechts an anderer Stelle auch zu Schwierigkeiten. So mußte vor allem die Rechtsprechung die Frage entscheiden, ob die Option wie ein bedingter Vertrag besteuert werden kann.

2) Diese Frage war in früherer Zeit recht bedeutsam, weil die damalige Stempelsteuer (als Vorläuferin der heutigen Umsatzsteuer) zwar beim Abschluß bedingter Verträge, nicht aber bei Abgabe einer unwiderruflichen Offerte erhoben wurde. Die Besteuerung der Option war damit von der rechtlichen Konstruktion abhängig.

Das Reichsgericht mußte sich in einer ganzen Reihe von Entscheidungen mit diesem Problem auseinandersetzen. In diesen

---

1) Vgl. STAUDINGER-COING, 12 vor § 158 BGB; STAUDINGER-OSTLER, 1 zu § 495 BGB; SIEBERT-BALLERSTEDT, 8 vor § 497 BGB und 11 vor § 504 BGB; BLOMEYER, Festschrift für Raape, S. 297; HENSE, DNotZ 1951, 130; REINEKE, DNotZ 1953, 212; ENNECCERUS-LEHMANN, 117 VI; Für die Rechtsprechung vergleiche zuletzt: BGH, DNotZ, 1963, 230; = BB 1962, 1303; BB 1966, 1412; BB 1967, 648, wo der bedingte Vertrag als eine von mehreren Konstruktionsmöglichkeiten bezeichnet wird. Vgl. auch FLUME, 38, 2d.

Entscheidungen hat das Reichsgericht Optionsvereinbarungen immer dann als bedingtes Rechtsgeschäft ausgelegt, wenn ein Geschäftspartner sich aus der eingegangenen Bindung wieder lösen wollte. Den Einwand, daß die Ausübung der Option im Belieben eines Partners stehe, und daß ein solches "wollensbedingtes" Geschäft generell unzulässig sei, hat das Reichsgericht nicht gelten lassen[2].

Sobald das Reichsgericht aber die Frage entscheiden mußte, ob eine Optionsvereinbarung schon der Stempelsteuer unterliegt, kam es zu der völlig entgegengesetzten Auslegung, daß die Parteien erst eine nicht besteuerbare Offerte abgegeben haben[3]. In der letzten Entscheidung[4] wäre diese Auslegung allerdings nur unter Verstoß gegen den Willen und die Formulierungen der Parteien möglich gewesen.

Das Reichsgericht hat diese Vereinbarung mit Recht als Optionsvereinbarung ausgelegt. Weil aber damals der Satz galt, daß Optionsvereinbarungen bedingte Geschäfte sind und weil das Gericht richtig erkannte, daß Optionsvereinbarungen nicht wie bedingte Verträge besteuert werden dürfen, hat es die Konstruktion des wollensbedingten Geschäfts überhaupt verworfen. Das Gericht hat dabei den Satz aufgestellt, daß die in die freie Willkür gestellte Entscheidung des Berechtigten die Annahme eines bedingten Geschäftes ausschließt[5].

---

2) Vgl. RG, JW 1900, 881; 1908, 711; RGZ 77, 415 (ein Vertrag kann auf Seiten des Berechtigten von einer Wollensbedingung abhängig gemacht werden); RGZ 104, 98 (eine Wollensbedingung ist auch bei gegenseitigen Verträgen zulässig).

Vgl. auch die Ausführungen zur Rechtsnatur des Vorkaufsrechts in RGZ 67, 42; 72, 385.

3) Vgl. RGZ 117, 89; 124, 336; 131, 24; 131, 310.
RGZ 94, 291, wo die Erhebung der Stempelsteuer gebilligt wurde, bildet keine Ausnahme; nach dem konkreten Sachverhalt konnte das Gericht mit Recht ein bedingtes - kein wollensbedingtes - Geschäft annehmen. Vgl. auch RG, JW 1900, 668 (Nr.28), wo die Besteuerung ausdrücklich mit dem Vorliegen eines normalen bedingten Geschäftes begründet wurde - obwohl ein wollensbedingtes Geschäft vereinbart war.

4) RGZ 136, 132.

5) Die gleiche Argumentation findet sich in KG, KGJ 38 B Nr. 16; RGZ 81, 134 (138) und ähnlich in RGZ 131,24 (26).

Leider hat sich das Gericht mit dem gegenteiligen Urteil in RGZ 104,98 nicht auseinandergesetzt, so daß die Entscheidung im 136. Band in aller Regel nicht als abschließendes Grundsatzurteil anerkannt wird.

3) Anhänger und Gegner der Konstruktion des wollensbedingten Geschäfts berufen sich daher weiterhin auf die ihnen angenehmen reichsgerichtlichen Entscheidungen. So sieht HENRICH[6] in RGZ 136,132 eine abschließende höchstrichterliche Stellungnahme, durch die frühere Entscheidungen überholt sind. Er findet damit eine Bestätigung für seine Ansicht, wonach die Option kein bedingter Vertrag ist, sondern das Recht, eine unwiderrufliche Offerte anzunehmen. Dagegen wird vom Bundesgerichtshof[7] die Beweiskraft der widersprüchlichen reichsgerichtlichen Entscheidungen für andere Sachverhalte, als den engen Bereich des Stempelsteuerrechts geleugnet.

4) Die Deutung der Option als bedingtes Rechtsgeschäft führt aber nicht nur im Steuerrecht zu einem nicht interessengerechten Zuviel an Bindung. Auch eine Grundvorschrift des Bedingungsrechts, § 161 BGB, kann auf Optionsvereinbarungen nicht angewendet werden. Praktisch wird dieses Problem allerdings nur, wenn die Parteien eine Option zur Begründung eines Verfügungsgeschäfts vereinbart haben. Solche Verfügungsoptionen finden sich häufig bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen.

Dabei sind zwei Fragenkreise zu unterscheiden. Einmal die Frage, ob bei einer den Veräußerer bindenden Option, dem pactum de vendendo, dieser während der Laufzeit der Option nur unter den Begrenzungen des § 161 BGB über die gebundene Sache verfügen kann. Daneben steht das Problem, ob bei einer nur den Erwerber bindenden Option, dem pactum de emendo, der Optionsberechtigte selbst durch § 161 BGB an Verfügungen gehindert wird.

---

6) S. 241.

7) DNotZ 1963, 230.

Im letzteren Falle will auch FLUME[8], der zu diesem wenig untersuchten Problem Stellung nimmt, § 161 BGB nicht anwenden. Doch warum sollte sich an den Rechtswirkungen eines bedingten Geschäfts etwas ändern, nur weil der Veräußerer und nicht der Erwerber Herr der Bedingung ist? Leider hat FLUME seine Ansicht nicht begründet. Beim pactum de emendo ist offensichtlich, daß die Beschränkung des § 161 BGB den Parteiinteressen widerspricht. Denn der Verkäufer, der statt des üblichen zweiseitig verpflichtenden Kaufvertrags nur ein Optionsrecht vereinbart, will sich damit gerade Verfügungsfreiheit über die gebundene Sache bewahren. Er will nicht statt der schuldrechtlichen Bindung, der er absichtlich ausgewichen ist, die stärkere dingliche Bindung des § 161 BGB übernehmen.

Dennoch ist der Parteiwille allein kein überzeugendes Argument. Einmal deshalb, weil umgekehrt beim pactum de vendendo dem optionsberechtigten Erwerber die knebelnde Bindung des Partners durch § 161 BGB sicher erwünscht wäre. Der Anwendung des § 161 BGB steht aber auch § 137 BGB entgegen. Diese Vorschrift verbietet eine Vereinbarung, nach der der Rechtsinhaber nur noch schwebend unwirksam über ein veräußerliches Recht verfügen kann.

Im Normalfall des bedingten Verfügungsgeschäfts ist freilich die Beschränkung des § 161 BGB eine vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte Rechtsfolge. In diesem Fall ist aber der Bedingungseintritt von dem Willen der Parteien völlig unabhängig. Nicht die Parteien entscheiden, ob Zwischenverfügungen unwirksam sind, sondern ein drittes Ereignis: die Bedingung.

Bei einem wollensbedingten Geschäft kann dagegen allein ein Partner über den Bedingungseintritt entscheiden. Er bestimmt, ob in der Zwischenzeit bis zur Optionsausübung über das gebundene Recht nur schwebend unwirksam verfügt werden kann. Damit ist das Ergebnis erreicht, das § 137 BGB verbieten will: eine Partei kann nach ihrem Belieben die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht beschränken.

---

8) Vgl. FLUME, 38, 2d. Vgl. auch TIKTIN, S. 23 Anm. 102.

II Wollensbedingung und bedingtes Geschäft im Sinne des § 158 BGB

1) Nachdem oben gezeigt wurde, daß die §§ 158 ff. BGB nur mit Einschränkungen auf Optionsvereinbarungen anwendbar sind, stellt sich die weitere Frage, ob man in einem wollensbedingten Geschäft und damit in der Option überhaupt noch ein bedingtes Rechtsgeschäft sehen kann. Die Antwort wird davon abhängen, ob der Tatbestand des bedingten Rechtsgeschäfts auch den Fall einschließt, wo die Bedingung allein darin besteht, daß eine Partei eine Willenserklärung[9] abgibt oder nicht[10].

2) In der traditionellen Diskussion wird diese Frage dagegen dahin formuliert, ob wollensbedingte Freiheit und rechtsgeschäftliche Bindung sich gegenseitig ausschließen[11] und ob ein wollensbedingtes Geschäft von der Rechtsordnung überhaupt anerkannt wird.

Beweis dafür, daß wollensbedingte Geschäfte rechtliche Wirkungen erzeugen, ist die Option. Die Parteien, die mit der Option ein wollensbedingtes Geschäft abschließen, regeln damit gegenwärtige Rechtsfolgen. Sie vereinbaren, daß ein

---

9) Mit der Wollensbedingung darf nicht die sog. Potestativ- oder Willkürbedingung vermengt werden. Bei der Potestativbedingung ist der Bedingungseintritt von einem bestimmten Verhalten eines Partners abhängig. Allerdings darf dieses Verhalten nicht in der bloßen - wenn auch verschleierten - Abgabe einer Willenserklärung bestehen. Auf ein potestativ bedingtes Geschäft finden die §§ 158 ff. BGB uneingeschränkt Anwendung. Vgl. RAAPE, S. 2 und 17, und in neuer Zeit FLUME, 38, 2d.

10) Vgl. dazu auch FLUME, 38, 2d, der zwar in der Wollensbedingung keine Bedingung i.S. eines zukünftigen Ereignisses sieht, gleichwohl aber die §§ 158 ff. BGB auf das wollensbedingte Geschäft anwenden will.
PALANDT-GRAMM, 2 zu § 495 BGB spricht davon, daß keine "echte" Bedingung vorliege. Vgl. auch unten § 3, 3.

11) Vgl. FLUME, 38, 2d und eingehend schon RAAPE, S. 17.

Partner gegenwärtig gebunden wird und daß auf der anderen Seite der berechtigte Partner das Recht erhält - in Abweichung von dem Vertragsprinzip - durch einseitige Willenserklärung weitere Rechtswirkungen zu begründen[12].

3) Es besteht damit zwar kein Konflikt zwischen wollensbedingter Freiheit und rechtsgeschäftlicher Bindung, wohl aber zwischen bedingter Bindung i.S. der §§ 158 ff. BGB und willkürlicher Beherrschung des Bedingungseintritts.

Die Wollensbedingung ist keine Bedingung i.S. des § 158 BGB und das wollensbedingte Geschäft kein bedingtes Rechtsgeschäft. Solange nämlich der über die Bedingung verfügende Geschäftspartner in seinen Entscheidungen völlig frei ist, hat er nur formal eine Erklärung über "die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung" (wie es in § 158 BGB heißt) abgegeben, materiell besteht (auch nach dem Willen der Parteien) keine verbindliche Einigung über den Eintritt dieser Wirkung. Wer den Eintritt einer Bedingung nach seinem Belieben steuern kann[13], hat gegenwärtig noch keine Erklärung über die von dem Bedingungseintritt abhängigen Rechtswirkungen abgegeben[14]. Er hat kein "Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung" vereinbart.

Eine solche Vereinbarung, die nur die gegenwärtigen Rechtsbeziehungen der Geschäftspartner den Regeln des Bedingungsrechts folgen läßt, die aber alle weiteren Rechtswirkungen von der zusätzlichen - rechtsbegründenden - Willenserklärung einer Partei abhängig macht, unterfällt nicht mehr dem Tat-

---

12) Ähnlich argumentiert FLUME, 38, 2d.

13) Dabei macht es keinen Unterschied, ob der über die Bedingung entscheidende Partner aus dem Rechtsgeschäft berechtigt, verpflichtet oder berechtigt und verpflichtet wird. Lösungsversuche, die auf dieser Unterscheidung beruhen, sind wertlos (vgl. etwa RGZ 67, 42; 72, 385; 136, 132). Da das bedingte Rechtsgeschäft die Unterscheidung zwischen bedingter Berechtigung und bedingter Verpflichtung nicht kennt, kann die dazu bestehende Diskussion (vgl. zuletzt HENRICH, S. 235 ff.) übergangen werden.

14) Insoweit wohl zustimmend LARENZ II, 40 I.

bestand des bedingten Rechtsgeschäfts. Denn die Einigung über die mit dem Bedingungseintritt entstehenden Rechtswirkungen ist ein notwendiges Tatbestandsmerkmal des bedingten Geschäfts. Ohne diese gegenwärtige Bindung auch des berechtigten Partners ist ein bedingtes Geschäft nicht verwirklicht.

Diese Selbstbindung des berechtigten Partners eines bedingten Rechtsgeschäfts wird auch vom Gesetz in den §§ 161, 162 BGB geregelt. Bezeichnenderweise sind beide Vorschriften auf die Option nicht anwendbar. Für § 161 BGB wurde das oben I 4 gezeigt und die Unanwendbarkeit des § 162 BGB bedarf keiner Begründung.

4) Demgegenüber haben sich in jüngerer Zeit NIPPERDEY und LARENZ nochmals um eine Rechtfertigung des wollensbedingten Geschäfts im Sinne der herkömmlichen Vorstellung bemüht. NIPPERDEY[15] begründet das Vorliegen eines normalen bedingten Rechtsgeschäfts mit folgendem Satz: "die Willenserklärung richtet sich nicht auf die Gebundenheit an ihren Inhalt, sondern auf die als gewollt bezeichnete Rechtsfolge, die bedingte Willenserklärung geht demnach nur dahin, daß der Eintritt der Bedingung die Rechtswirkungen herbeiführen soll". Doch diese Argumentation ist nicht überzeugend. Es braucht nicht gezeigt zu werden, daß von der späteren Erklärung zu wollen (dem Bedingungseintritt) Rechtswirkungen ausgehen. Entscheidend ist die gedanklich vorgehende Frage, ob eine "bedingte" Willenserklärung den Zugang zum Bedingungsrecht öffnet. Gerade das wird hier bestritten. Das inhaltslose Gebilde einer bedingten Willenserklärung, die zur Herbeiführung endgültiger Rechtsfolgen von einer zusätzlichen Geltungserklärung abhängig ist, vermag nicht aus sich heraus die Rechtswirkungen der §§ 158 ff. BGB herbeizuführen.

LARENZ[16] konstruiert das wollensbedingte Geschäft am Beispiel des Kaufs auf Probe als aufschiebend bedingtes Geschäft, "bei dem sich beide Teile schon über den Inhalt des

---

15) ENNECCERUS-NIPPERDEY, 194 Anm. 25.
16) LARENZ II, 40 I.

Vertrages geeinigt haben, wobei dieser Einigung auf Seiten des Käufers jedoch noch das Moment des Endgültigen, die Geltungserklärung fehlt". Leider sagt Larenz nicht eindeutig, ob er seine Deutung des wollensbedingten Geschäfts auf den vom Gesetzgeber als bedingtes Geschäft bezeichneten Sonderfall des Kaufs auf Probe beschränken will oder ob die Parteien ein so konstruiertes Geschäft auch über den engen Bereich des § 495 BGB hinaus vereinbaren können. Ihm ist jedenfalls für beide Alternativen entgegenzuhalten, daß eine Einigung ohne Geltungserklärung kein bedingtes Rechtsgeschäft ist, und daß selbst für den speziellen Fall des § 495 BGB der Gesetzgeber nicht das Vorliegen eines bedingten Rechtsgeschäfts anordnen kann, solange nicht beide Parteien rechtsgeschäftliche Geltungserklärungen abgegeben haben. Das zeitliche Auseinanderziehen des Vertragsschlusses in eine Inhaltseinigung ohne Geltungserklärung und in eine nachträgliche Geltungserklärung führt nicht zu dem Ergebnis, daß schon die erste Aktstufe vollwertiger Tatbestand eines bedingten Rechtsgeschäfts ist.

§ 3 Option und Kauf auf Probe

1) Ein starkes Argument für die Deutung des wollensbedingten Geschäfts als bedingtes Geschäft wird von vielen Autoren[1] in der gesetzlichen Regelung des Kaufs auf Probe gefunden. In § 495 BGB hat der Gesetzgeber bestimmt, daß im Zweifel der Kaufvertrag durch die Billigung des Käufers aufschiebend bedingt ist. Diese Billigung soll im Belieben des Käufers stehen. Es ist heute herrschende Auffassung, daß der Käufer in der Erklärung der Billigung völlig frei ist. Er kann auch bei Vorliegen einer mangelfreien Sache ohne jede Prüfung der Sache[2] seine Mißbilligung erklären.

2) In der Lebenswirklichkeit hat aber die vom Gesetzgeber unglücklich formulierte Geschäftsform[3] des Kaufs auf Probe keinen Platz. Es gibt keine Geschäftspartner, die einen aufschiebend bedingten Kauf "auf Probe" abschliessen und gleichzeitig vereinbaren, daß die Kaufsache auch bei gelungener Erprobung zurückgegeben werden kann. Die Parteien sichern nicht durch Vertrag folgendes Verhalten: "Ich bin mit der Maschine in jeder Hinsicht zufrieden, nehme die Sache aber doch nicht, um Sie zu ärgern"[4]. Bezeichnend ist übrigens, daß sich keine Gerichtsentscheidung findet, die solche sinnwidrigen Folgen sanktioniert hätte. Wohl gehen einige obiter dicta[5] in diese Richtung - doch sind sie nicht beweiskräftig, solange sie nicht Ergebnis einer echten Wägung

---

1) OERTMANN, 4c zu § 158 BGB; STAUDINGER-COING, 12 vor § 158; SIEBERT-SEYDEL, 3 zu § 158 BGB; BLOMEYER, Festschrift für Raape, S. 297; ENNECCERUS-NIPPERDEY, 194 Anm. 25. Vgl. auch HENRICH, S. 236.

2) Vgl. statt aller RGRK (KUHN), 5 zu § 495 BGB unter Berufung auf RGZ 137, 297. Daß umgekehrt der Käufer auch ohne Erprobung seine Billigung erklären kann, ist selbstverständlich (vgl. RGZ 94, 285; 104, 275).

3) Vgl. dazu schon RAAPE, S. 50 ff.

4) Vgl. RAAPE, S. 51.

5) Vgl. OLG Hamburg, OLG 33, 285; RG, LZ 1927, 621; RGZ 104, 275; 137, 297.

im Zusammenprall der Interessen sind. Vielmehr vermittelt die Rechtsprechung das Bild, wie die alte Figur des Kaufs auf Probe zum Aussterben gezwungen wird: in der Rechtsprechung des Reichsgerichts (seit Inkrafttreten des BGB) konnten nur zwei Entscheidungen[6] gefunden werden, die eine Parteivereinbarung als Kauf auf Probe ausgelegt haben. In beiden Fällen war die Erprobung der Sache nicht gelungen. Auch die Praxis hat die vom Gesetz angebotene Konstruktion verworfen: sie kennt längst den sog. Prüfungskauf[7] als Vertrag, der den Käufer zur Erprobung verpflichtet und der den Käufer bei gelungener Erprobung an der Vereinbarung festhält.

3) In der heutigen Diskussion über die Rechtsnatur des Kaufs auf Probe wird vorwiegend darüber gestritten, ob die Billigungserklärung des Käufers eine "echte" Bedingung ist[8]. Meist wird dann die Frage verneint. Gleichwohl wird die Formulierung des § 495 BGB respektiert und in dem Kauf auf Probe ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft gesehen[9].

Die Frage nach dem Vorliegen einer echten Bedingung ist aber solange überflüssig, solange auch ihre Verneinung an dem Vorliegen eines bedingten Rechtsgeschäfts nichts ändert. Anders ist es, wenn man in der Bedingung zu Wollen nicht nur keine echte Bedingung sieht, sondern diese Bedingung überhaupt nicht mehr mit dem Tatbestand des bedingten Rechtsgeschäfts vereinbar hält. Dann wäre im Sinne der Ausführungen oben unter § 2 II der Kauf auf Probe zwar ein wollensbedingtes Geschäft, nicht aber ein bedingtes Geschäft. Der Kauf auf Probe wäre ein gesetzlich geregelter Fall der Option.

Dieser Konsequenz steht aber Gesetzeswortlaut und Gesetzeswille entgegen. Die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten

---

6) Vgl. RGZ 94, 285; 137, 297.

7) Vgl. STAUDINGER-OSTLER, 10 zu § 495 BGB; RGRK (WÜRDINGER), 550 vor § 373 HGB; ERMAN-BÖHLE-STAMSCHRÄDER, 1b zu § 495 BGB.

8) Vgl. statt aller LARENZ II, 40 I; HENRICH, S. 236.

9) Vgl. insbesondere LARENZ II, 40 I. Gegen die Konstruktion des bedingten Geschäfts allein KREGS II, S. 45.

des bedingten Geschäfts muß hingenommen werden. Dennoch wird damit nicht jeder Kritik an der üblichen Auslegung des Kaufs auf Probe der Boden entzogen. Nur darf diese Kritik nicht den fruchtlosen Streit über das Vorliegen einer echten Bedingung fortsetzen. Sie muß vielmehr von einem bedingten Rechtsgeschäft ausgehen und fragen, ob damit eine im Belieben stehende Billigung vereinbar ist. Der Widerspruch zwischen bedingter Bindung und Bindung nach Belieben, den die herrschende Lehre durch die Konstruktion eines bedingten Geschäfts eigener Art zu lösen versucht hat, kann auch durch eine Einengung des Tatbestandsmerkmals "im Belieben" gelöst werden. Die Billigung nach Belieben wird dann zur "echten" Bedingung, wenn der Käufer bei seiner Entscheidung das Ergebnis der Erprobung beachten muß. Diese Überlegung ist nicht neu. Für die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs war die hier vorgeschlagene Einengung des Tatbestands des Kaufs auf Probe selbstverständlich[10].

Ein Konflikt mit dem Gesetzeswortlaut (§ 495 BGB: "im Belieben") besteht nicht. Das Belieben des Käufers wird ausreichend gewahrt, wenn alle Ablehnungsgründe anerkannt werden, die irgendwie auf das Ergebnis der Erprobung gestützt sind. Insoweit soll der Verkäufer nicht über die Tauglichkeit der Sache mit dem Käufer rechten dürfen. "Im Belieben" braucht aber nicht zu heißen, daß der Käufer die Mißbilligung des gekauften Gegenstandes aus Gründen aussprechen kann, die mit der Erprobung nichts mehr zu tun haben. Er darf etwa nicht deshalb mißbilligen, weil er den Kaufpreis nicht mehr aufbringen kann und er darf allgemein "nicht Willkür und Launen nachgeben" wie das Reichsgericht[11] treffend gesagt hat.

---

10) Vgl. RGZ 34, 302; RG, JW 1899, 84 (Nr. 31); OLG Hamburg, OLG 33, 285.

11) RG, JW 1899, 84 (Nr. 31).

4) Damit lassen sich für den Bereich des Kaufvertrages Option und Kauf auf Probe wieder trennen. Mit beiden Geschäftsformen wird vielfach ein ähnlicher wirtschaftlicher Zweck verfolgt (vgl. RGZ 136, 132: Option zur halbjährigen Erprobung einer Erfindung). Doch nur bei der Option ist der Berechtigte bei der Entscheidung über die Begründung des endgültigen Vertrages völlig frei. Da beide Partner noch nicht in einem bedingten Vertrag gebunden sind, darf er bei seiner Entscheidung auch "Willkür und Launen" nachgeben.

Ein Kauf auf Probe liegt dann vor, wenn Besicht und Untersuchung der Sache den Vertragszweck prägen und wenn nach dem Willen der Parteien die endgültige Vertragsabwicklung gerade vom Ausgang der Untersuchung abhängen soll. Eine Vereinbarung ist dagegen als Option auszulegen, wenn der Ausgang der Erprobung nur ein Beweggrund - neben anderen - für die Entscheidung des Käufers sein soll. Wenn also der Käufer seine Entscheidung auch unabhängig von dem Ergebnis der Erprobung treffen kann[12].

---

12) Zur Abgrenzung vgl. auch RGZ 104, 275, wo allein damit begründet wurde, "daß die Parteien jedenfalls mehr an ein festes Angebot gedacht haben".

§ 4 Das unwiderrufliche Angebot

I Einseitige Einräumung des Angebots

1) Die herrschende Lehre bewertet die Rechtsstellung des Empfängers eines Angebots als Gestaltungsrecht[1]. Sie kann sich insoweit auf die übliche Definition des Gestaltungsrechts berufen. Als Gestaltungsrecht bezeichnet man die Macht, durch einseitiges Rechtsgeschäft konkrete Rechtsbeziehungen gestalten zu können.

Diese Bewertung führt zu der Frage, wodurch sich die "gewöhnliche" Annahmebefugnis von dem Optionsrecht unterscheidet. Teilweise wird jeder Unterschied geleugnet. So sagt LORENZ[2], "daß auch das vertraglich eingeräumte Optionsrecht im Grunde nichts anderes als eine langfristig bindende Offerte ist[3]". Im allgemeinen wird aber in der einseitigen befristeten Offerte nur eine Möglichkeit der Optionseinräumung gesehen. Daneben sollen die Parteien auch andere Konstruktionsformen wählen können[4].

2) Die durch eine einseitige befristete Offerte geschaffene Rechtsbeziehung stimmt aber schon mit der Definition

---

1) Vgl. v. TUHR II 1, S. 458,487; RAAPE, S. 62; LARENZ, DB 1955, 209; LORENZ, S. 107; OERTMANN, 3a zu § 145 BGB; RGRK (KRÜGER-NIELAND), 7 zu § 145 BGB; STAUDINGER-COING, 12 zu § 145 BGB; ENNECCERUS-NIPPERDEY, 161 IV 1; HERMAN-HEFERMEHL, 8 zu § 145 BGB; PALANDT-DANCKELMANN, 3 zu § 145 BGB. Gegen die allgemeine Meinung zuerst WURDINGER, S. 75 und neuerdings BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 52 ff. und in Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, S. 13 f. Vgl. auch HECK, 41,3 (S.123).

2) S. 116. Vgl. weiter STAUDINGER-COING, 21 b vor § 145 BGB; LARENZ II, 40 IV 3.

3) Dabei ist selbstverständlich, daß erst die durch die Offerte geschaffene Rechtsposition das Optionsrecht ist. Vgl. dazu HENRICH, S. 231.

4) Vgl. insbesondere BGH, DNotZ 1963, 230.

der Option nicht überein. Durch die einseitige Angebotserklärung wird kein subjektives Recht begründet. Entgegen dem herrschenden Dogma ist die Rechtsstellung eines Angebotsempfängers kein Gestaltungsrecht. Wer das behauptet, vermengt die Vollendung eines rechtsgeschäftlichen Gesamttatbestandes durch eine noch ausstehende Willenserklärung und die einseitige Begründung eines Rechtsverhältnisses durch Ausübung eines Gestaltungsrechtes[5]. Wer in der Annahmebefugnis ein Gestaltungsrecht sieht, muß den Vertrag als Produkt zweier nebeneinanderstehender einseitiger Rechtsgeschäfte erklären: neben dem Geschäft des Offerenten, steht das einseitige Geschäft des Offertempfängers, welcher in Ausübung des Gestaltungsrechtes den Vertrag begründet[6]. Wer auf Grund des § 145 BGB auf die Zuteilung von Rechtsmacht in der Idealform des subjektiven Rechtes schließt, muß sich vor dem Vorwurf rechtfertigen, die Unterscheidung zwischen der Begünstigung auf Grund einer einzelnen Norm und einem subjektiven Recht zu übergehen; denn die bloße "Selbstbindung"[7] hat kein zwingendes Korrelat in einem Gestaltungsrecht des Partners[8]. Und zuletzt muß er die Frage nach der causa dieser ungewöhnlichen Form der Rechtsbegründung beantworten[9]. Da mit der

---

5) Vgl. zu diesen Überlegungen schon WÜRDINGER, S. 75 ff. Sie finden eine Parallele bei der Deutung der Rechtsnatur der Vertretungsmacht, vgl. dazu MÜLLER-FREIENFELS, S. 40 ff.

6) Bei Annahme zweier einseitiger Rechtsgeschäfte wären etwa Offerte und Annahmeerklärung des Minderjährigen nicht genehmigungsfähig, sondern nach § 111 BGB unwirksam. Vgl. zu diesem Problem RAAPE, S. 62; BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 52, der sich mit guten Gründen gegen die "Zerfaserung des Vertrages in einseitige Rechtsgeschäfte" wendet. Und FLUME, Anm. 1 auf S. 635 (Offerte wie Annahme sind keine "einseitigen" Rechtsgeschäfte).

7) BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 53.

8) Deshalb bestehen auch Bedenken gegen die Aufwertung der Bindungswirkung des § 145 BGB zu einer verfestigten Rechtsposition, die als "künftiger Anspruch" durch eine Vormerkung gesichert werden kann. Vgl. für die h.L. BGH, WM 1961, 353 (354).
Die Kritik gilt auch STAUDINGER-COING, der § 145 BGB zu einem Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB aufwerten will.

9) Die Frage wird übergangen von LORENZ, S. 108.

Abgabe der Offerte weder auf ein bestehendes Schuldverhältnis Bezug genommen wird und da auch das Vorliegen eines unentgeltlichen (einseitigen!) Geschäfts nicht behauptet werden kann, bleibt nur der Verweis auf ein entgeltliches kausales Geschäft[10]. Doch auch dann kann die Erlangung eines Anspruchs auf eine Gegenleistung nicht causa der Rechtsbegründung sein, denn der Offertempfänger ist an dem einseitigen Rechtsgeschäft nicht beteiligt. Und wer einwenden sollte, causa sei die Hoffnung des Offerenten auf den Vertragsschluß, identifiziert das Motiv eines Geschäfts mit seiner causa: die Chancen, die man sich selbst verschafft, sind nicht Rechtsgrund der eigenen Zuwendung[11].

3) Auch bei der Beantwortung praktischer Probleme stört das Gestaltungsrechtsdogma. Die Anhänger der hier kritisierten Auffassung sanktionieren bei schuldhafter Verhinderung des Vertragsschlusses durch den Offerenten nicht die Verletzung eines subjektiven Rechts (was vom Standpunkt der herrschenden Lehre allein folgerichtig wäre). Sie fingieren ein gesetzliches Schuldverhältnis[12]. Dadurch wird der Offerent einseitig mit den gesamten Pflichten des ge-

---

10) Wer mit BLOMEYER, Festschrift für Raape, S. 297, das Gestaltungsrecht von Gesetzes wegen entstehen läßt, verschleiert nur das Problem. Denn auch dann kann außer der Willenserklärung des Offerenten keine rechtsbegründende Norm für Entstehung und Erwerb des Gestaltungsrechtes genannt werden.

11) In diesem Sinne sagt BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 53, mit Recht, daß es nicht einleuchten will, daß der Gestaltungsgegner einseitig ein Gestaltungsrecht gegen sich schafft.

12) Statt aller ENNECCERUS-LEHMANN, 26 II 2. Seine Verletzung läßt nach h.L. aus culpa in contrahendo oder wegen positiver Vertragsverletzung haften. So RGZ 104, 275; diese Entscheidung ist im Ergebnis nur deshalb richtig, weil hier nicht nur eine Offerte abgegeben wurde, sondern weil ein Optionsrecht vereinbart wurde.

planten Vertrages belastet[13], wobei allein die eigentliche Erfüllungspflicht ausgenommen wird. Die Verpflichtungen des Offerenten entstehen nicht erst mit dem Vertragsschluß, sondern schon mit Abgabe der Offerte. FLUME (35 I 3e) erklärt daher die Verpflichtungen des Offerenten unmittelbar aus einer angeblichen Versprechenswirkung der Offerte. Die Offerte wird zur "Verpflichtung unter der Bedingung der Annahme"[14]. Auf das "bedingte Versprechen" des Offerenten werden dann die §§ 158 ff. BGB - insbesondere § 160 BGB - angewendet[15].

Sämtlichen Versuchen, schuldrechtliche Pflichten des Offerenten zu begründen, steht aber das Gesetz entgegen. Die §§ 306, 307 BGB sagen, daß selbst die schuldhafte Verhinderung des Vertragsschlusses nach Abgabe der Offerte nur für das enttäuschte Vertrauen auf eine Willenserklärung haften läßt; nicht aber für ein pflichtwidriges Verhalten[16]. Sie sagen damit zwingend, daß die Beschränkung des Ersatzanspruches durch § 307 BGB nicht durch einen parallelen vollen Schadensersatzanspruch überspielt werden darf.

---

13) Etwa mit der Pflicht, die offerierte Sache nicht zu beschädigen usw.; vgl. v.TUHR II 1, S. 487; zurückhaltender noch im ersten Buch I, S. 183 Anm. 8. Die immer bestehenden allgemeinen "vorvertraglichen" Pflichten (Aufklärungspflicht usw.) nehmen dagegen auf die konkreten Vertragspflichten nicht Bezug und bestehen schon vor und bei Abgabe der Offerte.

14) Ähnlich BLOMEYER, Bedingungslehre, S. 72 und MÜLLER-FREIENFELS, S. 70 f.

15) Vgl. v.TUHR II 1, S. 487 und ihm folgend BLOMEYER, Bedingungslehre, S. 71; FLUME, 35 I 3e.

16) Ausdrücklich beiseite geschoben wird das Gesetz von BLOMEYER, Bedingungslehre, S. 76 und FLUME, 35 I 3e.

II Vertragliche Einräumung des Angebots
(Ansicht HENRICH)

1) Langfristige Offerten werden allerdings in der Praxis ganz überwiegend durch vertragliche Einigung vereinbart[17]. Daher bezeichnen manche nur die vertraglich eingeräumte unwiderrufliche Offerte als Option[18]. HENRICH (S. 241) sieht hierin die Regelform des Optionsvertrags. Nach seiner Auffassung soll es sich bei der Option um das vertraglich begründete Recht handeln, ein unwiderrufliches Angebot annehmen zu können.

2) Doch auch dieses Recht ist kein Gestaltungsrecht. Zwar gilt hier die oben I2 geäußerte Kritik nicht in vollem Umfang. Denn immerhin kann durch vertragliche Einigung ein subjektives Recht begründet werden.

Die Geschäftspartner haben aber kein subjektives Gestaltungsrecht begründet, solange der Berechtigte in Ausübung seines "Rechts" nur ein Angebot annimmt. In diesem Fall bilden Angebot und Annahmeerklärung gleichwertige Tatbestandselemente für den Vertragsschluß. Neben den sich begegnenden Willenserklärungen bleibt kein Raum für eine besondere Gestaltungswirkung einer dieser beiden Erklärungen. Der Rechtsposition des Angebotsempfängers fehlt daher der typische Gehalt eines Gestaltungsrechts.

Die Annahmeerklärung begründet auch nicht deshalb in einseitiger Gestaltung den Vertrag, weil zwischen Angebot und Annahmeerklärung ein längerer als der übliche zeitliche Zwischenraum liegt. Der Angebotsempfänger hat nicht die

---

17) Vgl. dazu die Mitteilung bei LORENZ, S. 109, Anm. 16.

18) Vgl. CARTELLIERI, BB 1948, 163; HENSE, DNotZ 1963, 234.

Macht, einseitig den Tatbestand eines den Partner bindenden Geschäfts zu verwirklichen; er kann lediglich durch eine Willenserklärung den Vertragstatbestand in den üblichen Stufen vollenden[19].

19) Dazu schon WÜRDINGER, S. 75 ff.

§ 5 Die Option als Gestaltungsrecht

I Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht

1) Gegenüber der üblichen Form des Vertragsschlusses aus der Begegnung von Angebot und Annahmeerklärung unterscheidet sich die Rechtsbegründung durch Optionsausübung dadurch, daß hier allein die einseitige Erklärung des Berechtigten ausreichender Entstehungstatbestand für den "Vertrag" ist[1]. Der so geschaffene Vertrag ist mithin nicht mehr Produkt der üblichen Bausteine: Angebot und Annahmeerklärung, sondern Ergebnis einseitiger Rechtsgestaltung. Der Vertrag wird - unter "Preisgabe des materiellen Konsensprinzips" - (BÖTTICHER)[2] - allein durch einseitiges Rechtsgeschäft des Berechtigten begründet. Gesetzliche Beispiele für die Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht sind Wiederkaufsrecht und Vorkaufsrecht. Diese beiden Geschäftstypen sind keine durch eine Wollensbedingung aufschiebend bedingten Verträge[3], sondern Optionsrechte[4] im Sinne unserer Begriffsbildung.

---

1) Das hat BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 45 erstmals klar formuliert. Vgl. weiter LARENZ II, 40 IV 3 und DB, 1955, 211, der hier von einem Ankaufsrecht spricht und OERTMANN, 5 vor § 504 BGB.

2) Festschrift Dölle I, S. 45.

3) Die vorherrschende Auffassung sieht im Wiederkaufsrecht und Vorkaufsrecht bedingte Vereinbarungen. Vgl. etwa ENNECCERUS-LEHMANN, 116 1c; STAUDINGER-OSTLER, 10 vor § 497 BGB; SIEBERT-BALLERSTEDT, 7, 8 vor § 497 BGB; ESSER, 109, 2, 3. Gegen die Konstruktion des bedingten Vertrages ausführlich LARENZ II, 40 II, III; HENRICH, S. 238. Beide sehen in dem Wiederkaufsrecht ein Gestaltungsrecht. Inhalt dieses Gestaltungsrechts soll die unentziehbare Befugnis sein, durch eine Annahmeerklärung, eine bindende Offerte anzunehmen.

4) Von Optionsrechten spricht auch ESSER, 109, 2, 3, der aber im übrigen Vertreter der Theorie des bedingten Geschäfts ist.

2) Von den Gegnern dieser Konstruktion wird eingewendet, einseitige Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht, widerspräche dem Vertragsprinzip[5]. Dieses Argument ist nicht überzeugend. Denn das Vertragsprinzip verlangt nicht, daß ein Vertrag stets in der herkömmlichen Form durch Offerte und Annahmeerklärung geschlossen oder abgeändert wird. Das richtig verstandene Vertragsprinzip hat allein einen materiellen Gehalt und besagt, daß schuldrechtliche Verpflichtungen nicht ohne Mitwirkung des Betroffenen begründet oder abgeändert werden dürfen.

Diese Mitwirkung wird bei der Option dadurch gewahrt, daß der gebundene Partner bei der vertraglichen Einräumung des Gestaltungsrechts Inhalt und Umfang dieses Rechts und damit den Inhalt des durch Ausübung des Gestaltungsrechts zu begründenden Rechtsverhältnisses mitbestimmt[6]. Die Auffassung, daß das Vertragsprinzip allein einen materiellen Gehalt hat, wird durch das Gesetz selbst bestätigt: Mit Ausübung des Rücktrittsrechts (§ 349 BGB) wird nach moderner Auffassung ein Schuldverhältnis inhaltlich abgeändert. Die Rücktrittserklärung ist Rechtsgestaltung durch einseitiges Rechtsgeschäft und nicht Annahme eines Angebots zur Abänderung des Schuldverhältnisses[7]. Wenn aber ein Schuldverhältnis inhaltlich durch einseitiges Rechtsgeschäft abgeändert werden kann, dann ist es nicht "systematisch unhaltbar"[8], daß ein Schuldverhältnis durch einseitiges Rechtsgeschäft begründet wird.

---

5) Vgl. insbesondere SIEBERT-BALLERSTEDT, 8 vor § 497 BGB: "Die Theorie des Gestaltungsrechts... sieht in dem vermeintlichen Gestaltungsrecht eine - systematisch unhaltbare – Befugnis, allein durch einseitige Erklärung ein Schuldverhältnis zustande zu bringen."

6) Richtig LARENZ II, 40 II unter Berufung auf v.TUHR II, S. 458 Anm. 2. Auch BÖTTICHER, Festschrift Dölle I,S. rechtfertigt die einseitige Gestaltungsmacht mit der Mitwirkung des Gegners bei der Einräumung des Rechts.

7) Mit dem Rücktrittsrecht argumentiert auch BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 47.

8) So aber SIEBERT-BALLERSTEDT, 8 vor § 497 BGB. Nicht überzeugend auch PALANDT-DANCKELMANN, 3 vor § 305 BGB, wo behauptet wird, durch einseitiges Rechtsgeschäft könne nur auf ein vorhandenes Schuldverhältnis eingewirkt werden, nicht aber ein solches erstmalig begründet werden.

3) Die Besonderheit bei der Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht ist, daß zwischen dem ersten Rechtsgeschäft, mit dem das Gestaltungsrecht begründet wird und dem zweiten Gestaltungsgeschäft eine strenge Zäsur liegt. Der auf Einräumung der Option gerichtete Vertrag ist mit der Einigung über das Optionsrecht abgeschlossen.

Das zweite Rechtsgeschäft, die Ausübung der Option, ist gegenüber dem Optionseinräumungsgeschäft völlig selbständig. Es ist in keiner Weise eine Fortsetzung eines mit der Optionseinräumung eingeleiteten Gesamtrechtsgeschäfts, wie es jene behaupten müssen, die in der Optionsausübung nur die Annahme einer bisher noch nicht "erledigten" - einseitig oder vertraglich eingeräumten - Offerte sehen. Allein diese rechtliche Selbständigkeit des Optionsausübungsgeschäfts berechtigt dazu, in der Optionsausübung ein einseitiges Rechtsgeschäft zu sehen. Wo einseitige Rechtsgeschäfte genehmigungsbedürftig sind, ist daher die ohne Genehmigung erklärte Optionsausübung unwirksam[9], während die genehmigungslose Annahme eines Vertragsangebots den so geschlossenen Vertrag nur schwebend unwirksam macht.

4) Die Trennung zwischen Optionseinräumungsgeschäft und Optionsausübungsgeschäft hat auch Bedeutung für die rechtliche Bewertung der dem Optionsberechtigten zustehenden Vertragsbegründungsmacht. Weil der Optionsberechtigte allein durch ein von ihm ausgehendes einseitiges Rechtsgeschäft ein Schuldverhältnis begründen kann, ist seine Rechtsmacht gegenüber der üblichen Situation des zweiseitigen Vertragsschlusses gleichsam "verdoppelt". Der Optionsberechtigte verfügt insoweit auch über das Mitwirkungsrecht des Partners, dessen sich dieser schon bei

---

9) Anders OGHBrZ, DNotZ 1951, 124 (126); allerdings geht das Gericht davon aus, daß Optionsausübung die bloße Annahme eines Angebots ist. Vgl. dazu auch die kritische Anmerkung von HENSE, DNotZ 1951, 128.

Einräumung der Option begeben hat; er kann durch seine einseitige Erklärung das materielle Ergebnis herbeiführen, das sonst nur aus dem unmittelbaren Zusammenwirken zweier Rechtssubjekte entstehen kann. Erst dieses besondere rechtliche Können berechtigt dazu, in der Optionsausübung Rechtsgestaltung zu sehen und das Optionsrecht als subjektives Recht zu bewerten.

Diese Aussage beruht nicht allein auf dem bisher so stark betonten, mehr formalen Gesichtspunkt, daß der Optionsberechtigte ohne unmittelbare Mitwirkung des Gegners ein Vertragsverhältnis begründen kann. Das Optionsrecht hat auch vielfältige materielle Besonderheiten, die es von dem "Recht", durch Annahme einer Offerte einen Vertrag zu schließen, wesentlich unterscheiden. Diese materiellen Unterschiede berühren allerdings nur die Rechtsbeziehungen der Geschäftspartner im Zeitraum zwischen der Einräumung und der Ausübung des Optionsrechts, bzw. den Zeitraum zwischen der Abgabe der Offerte und ihrer Annahme. Dagegen ist es für das schließlich begründete Schuldverhältnis ohne Belang, auf welchem Weg es geschaffen wurde.

5) Die Rechtsbeziehungen der Optionspartner im Zeitraum zwischen der Einräumung und der Ausübung der Option sind weder Nachwirkungen des Optionseinräumungsgeschäfts noch Vorwirkungen des durch die Optionsausübung erst zu begründenden Schuldverhältnisses. Sie sind allein Folge des Gegenüberstehens des subjektiven Gestaltungsrechts auf der einen Seite und des Unterworfenseins unter dieses subjektive Recht auf der anderen Seite[10].

Denn in diesem relativen Rechtsverhältnis bestehen keine gegenwärtigen schuldrechtlichen Leistungspflichten[11] und

---

10) Ähnlich LARENZ II, 40 III für das Vorkaufsrecht.

11) Übereinstimmend HENRICH, S. 269.

Ansprüche[12]. Auch nicht in Form eines Anwartschaftsrechts. Denn das würde voraussetzen, daß schon vor Ausübung der Option, Teile des Entstehungstatbestands des künftigen Schuldverhältnisses verwirklicht sind[13]. Das aber ist bei der Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht gerade nicht der Fall.

Von der teilweisen tatbestandlichen Verwirklichung eines Rechts, die wir - wenn sie eigenständige Rechtswirkungen äußert - Anwartschaftsrecht nennen, muß der verwandte Fall des "künftigen Anspruchs", von dem etwa in § 883 I 2 BGB die Rede ist, unterschieden werden. Von einem künftigen Anspruch braucht gegenwärtig der Entstehungstatbestand selbst noch nicht eingeleitet zu sein, wohl aber muß, in Abgrenzung zu bloßen Chancen und Aussichten, eine Rechtsposition bestehen, welche die Entstehung des Anspruchs sichert.

Typisches Beispiel für das Vorliegen eines künftigen Anspruchs ist der Fall, wo durch ein Optionsrecht die Begründung schuldrechtlicher Ansprüche[14] rechtlich unentziehbar und mit den Schutzwirkungen eines subjektiven Rechts gesichert wird.

---

12) Wohl aber können Nebenpflichten bestehen, die erst eine sachgerechte Entfaltung des subjektiven Gestaltungsrechts ermöglichen. Hauptbeispiel ist die in § 510 BGB geregelte Mitteilungspflicht beim Vorkaufsrecht. Zur Dogmatik dieser Nebenpflichten vgl. unten § 14 III 3.

13) Es ist daher mißverständlich, wenn von einem Anwartschaftsrecht des Optionsberechtigten gesprochen wird. Vgl. etwa HECK, 41, 3 (S. 123). LARENZ, DB 1955, 209; ESSER, 109, 2, 3; RG, Recht 1924 Nr. 661; BAG, AP Nr.49 zu § 626 BGB. Richtig BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 46 f. im Anschluß an WÜRDINGER, S. 73 ff.

14) Diese Ansprüche sind gem. § 883 I 2 BGB vormerkbar. Heute unstreitig vgl. PALANDT-HOCHE, 3d zu § 883 und ausführlich HENRICH, S. 285 ff.; für die Rechtsprechung: BGH, DNotZ 1963, 230. Vgl. auch LORENZ, S. 117 ff., der aber nicht klar zwischen der rechtlichen Verfestigung der Entstehung des künftigen Anspruchs (die für die Frage der Vormerkbarkeit allein von Bedeutung ist) und seiner Konkretisierung - d.h. der inhaltlichen Bestimmtheit - unterscheidet.

II Option und unwiderrufliches Angebot

1) Leider wird der grundlegende materielle Unterschied zwischen der üblichen zweiseitigen Rechtsbegründung und der Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht deshalb nicht genügend sichtbar, weil die Bestandskraft des Angebots der des Optionsrechts praktisch gleichkommt. Das ist eine Folge der von § 145 BGB in einseitiger Betonung des Verkehrsschutzgedankens angeordneten grundsätzlichen Unwiderruflichkeit des Angebots.

Allerdings sprechen gute Gründe dafür, den gesetzlichen Widerrufsausschluß interessengerecht einzuschränken. Da nämlich der durch die Offerte begünstigte Empfänger für diesen "Vorteil" keinerlei Gegenleistung erbringen muß, werden seine Interessen auch dann noch genügend gewahrt, wenn jede Offerte unter dem Vorbehalt der clausula rebus sic stantibus steht[15]. Dann kann in richtiger Interessenabwägung der Offerent seine Erklärung widerrufen, wenn sich die bei Abgabe der Offerte bestehenden Verhältnisse wesentlich geändert haben. Der Offertempfänger wird dadurch nicht beschwert: er darf auch bei einer befristeten Offerte nicht darauf vertrauen, daß diese eine wesentliche Veränderung der bei ihrer Einräumung bestehenden Verhältnisse überdauert.

Die hier vorgeschlagene Einschränkung der Bestandskraft der Offerte gilt nur für die einseitig eingeräumte Offerte. Haben sich die Parteien über die schon vom Gesetz (§ 145 BGB) vorgesehene Unwiderruflichkeit ausdrücklich geeinigt, dann ist ein einseitiger Widerruf auch bei einer wesentlichen Änderung der Verhältnisse ausgeschlossen[16]. Die vertragliche Bindung soll ja gerade eine Änderung der Verhältnisse überdauern.

---

15) Übereinstimmend FLUME, 35 I 3d.

16) Möglich ist aber Anpassung des Angebots unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Vgl. dazu BGH, WM 1961, 353 und ausführlich HENRICH, S.268 ff.

Erst wenn in dieser Weise zwischen der Bestandskraft der einseitig und der vertraglich eingeräumten Offerte unterschieden wird, ist eine Differenzierung zwischen beiden Möglichkeiten der Vertragsbegründung sinnvoll. Denn erst jetzt erlangt die vertragliche Einigung über den Widerrufsausschluß besondere rechtliche Bedeutung gegenüber der in ihrer Bestandskraft schwächeren, einseitig eingeräumten Offerte.

2) Auch wenn man mit der herrschenden Auffassung davon ausgeht, daß die Stellung des Empfängers eines einseitigen Angebots und die des Inhabers eines Optionsrechts gleiche Bestandskraft haben, so unterscheidet sich doch das Optionsrecht in seiner rechtlichen Qualität wesentlich von den beiden ersten Möglichkeiten.

Nur das Optionsrecht ist ein Gestaltungsrecht und damit ein subjektives Recht, während es sich bei der Annahme einer Offerte, gleich welcher Qualität, nicht um Ausübung eines besonderen rechtlichen Könnens handelt, sondern um eine Betätigung, die jedem Rechtssubjekt in gleicher Weise wie die Abgabe einer Offerte[17] möglich ist. Demgemäß hat das Optionsrecht auch alle Wirkungen eines subjektiven Rechts. Wie noch zu zeigen sein wird, wird das Optionsrecht gegen schuldhafte Verletzungen durch den Partner geschützt; es kann durch Rechtsgeschäft übertragen werden; es überdauert den Konkurs des Gebundenen und es kann durch eine Vormerkung gesichert werden.

---

17) Die verschiedenen Namen (Offerte und Annahmeerklärung) nehmen auf keinen qualitativen Unterschied Bezug, sondern bezeichnen die zeitliche Aufeinanderfolge der beiden Erklärungen; richtig PALANDT-DANCKELMANN, 1 vor § 145 BGB.
Zwei sich kreuzende "Offerten" führen mit Zugang der letzten Erklärung zum Vertrag; richtig etwa ENNECCERUS-NIPPERDEY, 161a Anm. 6; FLUME, 35 II 1. Eingehend wird dieses Problem jetzt von NEUMAYER, Festschrift für Otto Riese, S. 309 ff. erörtert. Begründet wird stets mit der Vernünftigkeit des Ergebnisses.
Die Gegenmeinung (vgl. etwa v.TUHR II 1, S. 468; OERTMANN, 2b vor § 145 BGB) ist dagegen Beispiel für schlechte Begriffsjurisprudenz, wenn sie für eine wirksame Annahmeerklärung vorherigen Zugang der Offerte fordert.

Dagegen zeigt die Position des Offertempfängers in allen diesen Punkten Schwächen. Soweit sie außer der Möglichkeit, einen Vertragsschluß zu vollenden, Rechtswirkungen äußert, sind das keine Wirkungen einer rechtlich verfestigten eigenständigen Rechtsposition, sondern Vorwirkungen des mit Abgabe der Offerte angebahnten Vertragsrechts oder Folgen des durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen stets geschaffenen Vertrauenstatbestandes.

3) In aller Regel sollen die befristete Offerte und auch die Option zu dem geplanten Vertragsschluß führen. Die Parteien machen sich daher vielfach über die rechtliche Konstruktion ihrer Beziehungen bis zum endgültigen Vertragsschluß keine Gedanken, wenn nur der Vertragsschluß überhaupt über einen befristeten Zeitraum hinweg sichergestellt ist.

Dieses wirtschaftliche Ziel kann aber durch eine befristete Offerte oder eine Option in gleicher Weise erreicht werden[18]. Wenn daher die Parteien eine Option, ein Kaufanwartschaftsrecht, einen Offertvertrag usw. vereinbaren, so muß im Einzelfall untersucht werden, ob damit ein Gestaltungsrecht begründet werden sollte oder nur das Recht, eine Offerte anzunehmen.

Die richtige Auslegung[19] wird die Vereinbarung eines Gestaltungsrechts immer dann annehmen, wenn das Recht im Interesse des Berechtigten eingeräumt wird[20]. Denn mit dem Gestaltungsrecht kann der Berechtigte nicht nur den Vertragsschluß nach seinem Belieben bestimmen (was er auch mit einer unwiderruflichen Offerte erreicht), sondern er kann weitergehend seine Rechtsstellung mit den Sanktionsformen des subjektiven Rechts schützen.

---

18) Vgl. aber oben 2.

19) Ein Auslegungsproblem besteht nur, wo sich die Parteien geeinigt haben. Wenn ein Vertrag nicht festgestelllt werden kann, dann liegt schon tatbestandlich nur eine Offerte vor.

20) Vgl. etwa RGZ 104, 275; RG, LZ 1929, 1397.

Im Bereich formbedürftiger Geschäfte müssen die Geschäftspartner allerdings beachten, daß die Vereinbarung einer unwiderruflichen Offerte und die Einräumung einer Option unterschiedlichen Regeln folgen.

Die Einräumung eines den Grundstückseigentümer bindenden Gestaltungsrechts[21] ist nach § 313 BGB formbedürftig. Da mit Ausübung der Option nur die schon vorher formgerecht eingegangene Bindung realisiert wird[22], bedarf die Ausübungserklärung keiner Form[23]. Wollen dagegen die Parteien nur eine unwiderrufliche Offerte abgeben (gleich ob einseitig oder vertraglich), so genügt es, wenn zunächst die Angebotserklärung beurkundet wird. In diesem Fall bedarf die Annahmeerklärung ebenfalls der Beurkundung, da erst mit dieser Erklärung der Veräußerer gebunden wird[24]. Wollen die Geschäftspartner ein Optionsrecht vereinbaren (Regelfall) und ist nur die Offerte beurkundet, dann kann die formnichtige Vereinbarung in die Abgabe einer unwiderruflichen Offerte umgedeutet werden, wenn auch diese schwächere Position dem hypothetischen Parteiwillen gefällt[25]. Die Umdeutung ist ausgeschlossen, wenn die Optionsausübung durch ein Strafversprechen gesichert wird: die Parteien sind vertraglich gebunden[26]. Sie ist weiter ausgeschlossen, wenn ein Bindungsentgelt bezahlt wird, das auf den Kaufpreis angerechnet werden soll: die Parteien haben sich

---

21) Für den umgekehrten Fall des den Grundstückseigentümer berechtigenden Gestaltungsrechts vgl. unten § 7 III 2.

22) Kritisch dazu LORENZ, S. 116 und FLUME, 38 2d, der erst in der Ausübungserklärung die entscheidende Bindung sieht.

23) Richtig schon OERTMANN, 2d zu § 313 BGB; LARENZ II, 40 IV 3 für den Fall des Ankaufsrechts. Die h.L. begründet die Formlosigkeit der Ausübungserklärung mit dem Vorliegen eines bedingten Geschäfts. Vgl. dazu auch FLUME, 38 2d.

24) Vgl. zu den Formfragen ausführlich HENRICH, S. 244 ff., der aber nur von der Konstruktion des unwiderruflichen Angebots ausgeht.

25) Vgl. RGZ 169, 65 (71); BGH, WM 1961, 353 (354).

26) Vgl. zu diesem Sonderproblem unter § 16 I 6.

dann über einen Teil des Kaufvertrages geeinigt. Sie ist aber nicht ausgeschlossen, wenn das Bindungsentgelt auch als Gegenleistung für die bloße Abgabe der Offerte gegeben worden wäre: die Parteien haben sich dann noch nicht über den Inhalt des Kaufvertrages selbst geeinigt[27].

27) Anders HENRICH, S. 247. Vgl. dazu auch unten § 16 I 6.

2. KAPITEL

DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN OPTION, VORVERTRAG UND HAUPTVERTRAG

§ 6 Option und Vorvertrag

1) Die Vereinbarung eines Optionsrechts läßt die Entscheidung, ob das geplante Schuldverhältnis begründet werden soll, noch eine gewisse Zeit in der Schwebe[1]. Der Inhalt dieses Schuldverhältnisses wird im Regelfall schon im Zeitpunkt der Optionseinräumung festgelegt. Es gibt auch Geschäftssituationen, in denen für die Parteien ein wirtschaftliches Bedürfnis besteht, den Inhalt des geplanten Vertrages noch offen zu lassen[2]. Sie schließen dann einen Vorvertrag.

2) Nach traditioneller Auffassung ist ein Vorvertrag durch folgende Besonderheiten gekennzeichnet: Der Vorvertrag verpflichtet beide Parteien zum Abschluß eines Hauptvertrages[3]. Die Parteien können daher nur auf Abschluß des Hauptvertrages klagen, nicht aber auf Erbringung der endgültigen (nach dem Hauptvertrag geschuldeten) Leistung[4].

3) Option und Vorvertrag sind Geschäftsformen, die von der Praxis zur Lösung eines ähnlichen wirtschaftlichen Problems ausgebildet wurden. In beiden Fällen handelt es sich zunächst um nur vorläufige Regelungen (wobei die "Vorläufigkeit" die Qualität der rechtlichen Bindung[5] nicht be-

---

1) Vgl. dazu auch HENRICH, S. 233.

2) Abschlußfreiheit und Inhaltsfreiheit wird bei der Geschäftsform Vorrechtsvertrag verbunden; vgl. dazu § 14.

3) Zuletzt BGH, NJW 1962,1812. Aus der Literatur vgl. RGRK (KRÜGER-NIELAND), 13 vor § 145 BGB;HENRICH,S.184;FLUME,33,7.

4) RGZ 124, 81 (85); BGH, WM 1956, 1518. Vgl. aber für einen Sonderfall NIPPERDEY, ZBlHR 1930, 301.

5) Richtig HENRICH, S. 232.

rührt). Diese vorläufige Regelung steht in beiden Fällen noch unter dem Vorbehalt einer nachfolgenden Willenserklärung. Bei der Option wahrt sich allein eine Partei diesen Vorbehalt; bei dem Vorvertrag müssen sich beide Partner über die Bedingungen des Hauptvertrags einigen.

Wegen der gemeinsamen Ausgangssituation, auf der Vorvertrag und Option entstanden sind, werden vielfach die rechtlichen Unterschiede zwischen beiden Geschäftsformen zu wenig beachtet.

Der Bundesgerichtshof (DNotZ 1963, 230) hat sogar ausgeführt, daß eine Option auch in der Form eines Vorvertrages vereinbart werden könne. Nach dem Bundesgerichtshof soll aus dem Vorvertrag "für den einen Teil ein Recht auf ein Vertragsangebot des anderen mit bestimmtem Inhalt erwachsen". Aber dieses Recht genügt schon nicht der Definition der Option. Es ist kein Gestaltungsrecht, sondern ein Forderungsrecht auf Abgabe eines Angebots.

In anderen Fällen[6] wiederum wird die Option ganz allgemein als vorvertragliche Vereinbarung bezeichnet. Bei dieser Betrachtung steht im Vordergrund, daß auch die Option nur eine vorläufige Regelung ist, der eine weitere - allerdings einseitig begründete - Hauptregelung nachfolgt. Die hier als Vorvertrag bezeichnete Geschäftsform ist dann nur ein Sonderfall einer vorvertraglichen Vereinbarung. Sie wird deshalb von LORENZ[7] echter Vorvertrag genannt. Treffender ist allerdings die plastische Bezeichnung Abschließungsvertrag[8]. Leider hat sich diese genauere Terminologie bisher nicht durchsetzen können. Deshalb wird hier im Sinne des traditionellen Sprachgebrauchs streng zwischen Vorvertrag und Option getrennt. Von einem Vorvertrag wird nur gesprochen, wenn die Parteien Leistungspflichten fest begründet haben und die Leistung in dem Abschluß einer weiteren Vereinbarung besteht.

---

6) Vgl. CARTELLIERI BB 1948, 163; RGZ 124, 81.

7) S. 111.

8) Vgl. LEONHARD, Schuldrecht BT, 47; ESSER, 7,6 b.

§ 7 Forderungsrecht und Gestaltungsrecht

I Die Vereinbarung einseitiger Erwerbs- oder Verkaufspflichten

1) Obwohl sich Option und Vorvertrag, bzw. Hauptvertrag dogmatisch klar unterscheiden, ergeben sich in der Geschäftspraxis Auslegungsschwierigkeiten, wenn eine konkrete Vereinbarung einer dieser drei Geschäftstypen zugeordnet werden soll. Diese Schwierigkeiten, die weniger die Abgrenzung von Option und Vorvertrag betreffen[1], rühren daher, weil für die Parteien regelmäßig nicht die Vereinbarung einer bestimmten Rechtsfigur im Vordergrund steht, sondern die endgültige Regelung, deren Herbeiführung gegenwärtig schon gesichert werden soll.

Deshalb ist bei den Formulierungen der Parteien oftmals nur von den künftigen Ansprüchen die Rede, ohne daß klar zum Ausdruck kommt, welche Regeln für die gegenwärtigen Rechtsbeziehungen der Parteien gelten sollen.

2) Typisches Beispiel dafür ist folgende Klausel, über die das OLG Hamburg (in MDR 1959, 210) zu entscheiden hatte: "Der Erbbauberechtigte verpflichtet sich gegenüber dem Eigentümer, das Grundstück innerhalb von fünf Jahren zu dem dann angemessenen Preis käuflich zu erwerben".
Bei Vereinbarung einer solchen einseitigen Erwerbspflicht des Käufers - der zumindest nach dem Wortlaut keiner Verkaufspflicht gegenübersteht - spricht man herkömmlich von einem pactum de emendo. Der umgekehrte Fall der einseitigen

---

1) Üblicherweise werden Option und Vorvertrag danach unterschieden, ob die Einzelheiten des zu schließenden Vertrags noch offen sind (Vorvertrag) oder ob zumindest ein Partner sofort zum Vertragsschluß bereit ist (Option). Vgl. REINEKE, DNotZ 1953, 212; LARENZ II, 40 IV 1 und ausführlich HENRICH, S. 232 f.

Verkaufspflicht wird als pactum de vendendo bezeichnet. Das pactum de emendo und (in geringerem Maße) das pactum de vendendo führen unter zwei Gesichtspunkten zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Zuerst stellt sich die Frage, ob die Parteien nach ihrem wirklichen Willen nicht doch einen zweiseitig verpflichtenden Kaufvertrag vereinbaren wollten. In diesem Sinne hat etwa das OLG Hamburg die mitgeteilte Klausel ausgelegt. Bei dieser Auslegung kann auch der Erbbauberechtigte seinerseits die Übereignung des Grundstücks verlangen.

Das zweite Problem entsteht erst, wenn man im konkreten Fall eine als pactum de emendo oder als pactum de vendendo formulierte Vereinbarung tatsächlich nur als Verpflichtung oder Bindung eines Partners ausgelegt hat. Dann ist zu fragen, welche Rechtsnatur eine solche einseitige Bindung hat und auf welche Weise diese vorläufige einseitige Bindung in die endgültige zweiseitige Verpflichtung übergeht.

3) Eine als einseitige Verpflichtung formulierte Vereinbarung ist als zweiseitig verpflichtender Hauptvertrag auszulegen, wenn sich nach dem wirklichen Willen der Parteien ergibt, daß es in jedem Fall zur Realisierung der Erwerbs- oder Verkaufspflicht kommen soll. Dann können beide Partner den Güteraustausch verlangen. Wo aber beide Partner einen Güteraustausch gegen Entgelt verlangen können, haben sie sich über den notwendigen Inhalt eines Kaufvertrages geeinigt.

Dem steht nicht entgegen, daß möglicherweise der Fälligkeitszeitpunkt für die Sachleistung in der ursprünglichen Vereinbarung nicht ausdrücklich genannt ist. Über diesen Punkt soll - nach dem Sinn der bei dieser Auslegung nicht mehr sachgerechten Formulierung einer einseitigen Verpflichtung - dann regelmäßig der Partner, der als "Berechtigter" der einseitigen Bindung erscheint, gemäß § 315 BGB entscheiden[2].

---

2) Vgl. dazu unten II.

Für die Auslegung ist zu beachten, daß zumindest geschäftlich erfahrene Vertragspartner mit der Formulierung einer nur einseitigen Verpflichtung, gegenüber dem zweiseitig verpflichtenden Kaufvertrag wesentlich unterschiedliche Rechtsfolgen erstreben. Das OLG Hamburg (in MDR 1959, 210) kann daher nicht überzeugen, wenn es regelmäßig die Vereinbarung einseitiger Erwerbspflichten als unpräzise formulierte zweiseitig verpflichtende Kaufverträge auslegen will[3]. Eine solche Vermutung zugunsten des zweiseitig verpflichtenden Vertrages besteht nicht. Es ist im Gegenteil davon auszugehen, daß die - grundsätzlich ungewöhnliche - Formulierung einseitiger Verpflichtungen und Bindungen eine bewußte und gewollte Abweichung von der Regelform des Kaufvertrags darstellt[4]. Etwas anderes mag nur gelten, wenn einseitige Bindungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind. Dann ist zum Schutz des durch diese atypische Geschäftsform überraschten Partners die Auslegung als zweiseitig verpflichtender Vertrag geboten[5].

4) In den übrigen Fällen, in denen die Vereinbarung einseitiger Verpflichtungen nicht als zweiseitig verpflichtender Hauptvertrag ausgelegt werden kann, ist die Rechtsnatur der dann vorliegenden Vereinbarung bisher wenig geklärt. Die Rechtsprechung[6] begnügt sich mit der Feststellung,

---

3) Vgl. dazu auch HENRICH, S. 251 f.

4) Richtig OLG Stuttgart, WürttZ 22, 3; RG Warn 1909 Nr.78; RGZ 81, 134; OLG Stuttgart, Die Justiz 1965, 272. Unklar RG, LZ 1908, 777. Unrichtig RG, LZ 1908, 775 (Nr. 12), wo das Gericht einen Kaufvertrag angenommen hat, obwohl die Parteien eine Abnahmeverpflichtung des Käufers ausdrücklich ausgeschlossen hatten.

5) Das OLG Stuttgart, die Justiz 1965, 272 hat in einem solchen Fall dadurch geholfen, daß es zunächst von einer rechtswirksamen einseitigen Erwerbspflicht ausging, dem benachteiligten Partner aber die Möglichkeit eröffnete, diese Vereinbarung anzufechten. Vgl. auch RG, JW 1925, 1235.

6) Vgl. etwa JW 1905, 126; ausführlich RGZ 81, 134; 110, 338; BGH, DNotZ 1963, 230; OLG Stuttgart, Die Justiz 1965, 272.

daß Verträge, durch die sich nur ein Teil bindet, "vorkommen und zulässig" seien.

Zur rechtlichen Erklärung dieser einseitigen Bindungen gibt es zwei Möglichkeiten: Vorvertrag und Option.

Ausgangspunkt für beide Erklärungen ist der Umstand, daß die einseitigen Bindungen nur vorläufige Regelungen darstellen und daß sie in irgendeiner Weise vervollständigt werden müssen, bevor der endgültige Güteraustausch abgewickelt werden kann. Diese Unvollständigkeit der einseitigen Bindungen besteht regelmäßig darin, daß die Parteien offen gelassen haben, ob und wann der in Aussicht genommene Güteraustausch erfolgt.

Trotz dieser Unvollständigkeit, die zunächst den Gedanken an einen Vorvertrag nahelegen mag, handelt es sich bei den einseitigen Verpflichtungen nie um Vorverträge. Denn wie auch immer man den letztlichen Inhalt der vorvertraglichen Leistungspflicht begreift[7], so ist doch Grundvoraussetzung für den Tatbestand des Vorvertrages, daß die Parteien eine gegenwärtig bestehende, wenn auch unter Umständen noch nicht fällige, schuldrechtliche Hauptleistungspflicht mindestens eines Partners vereinbart haben[8]. Eine solche gegenwärtige Leistungspflicht fehlt beim pactum de emendo, wenn auch die Parteien meist von der "Verpflichtung" eines Partners reden. Denn die Verpflichtung etwa zum Erwerb ist keine gegenwärtig feststehende Leistungspflicht. Wie nämlich oben gezeigt wurde, kann eine schuldrechtliche Sachleistungspflicht bestehen, so daß - falls die schuldrechtliche Verpflichtung zum Erwerb tatsächlich feststünde - stets ein fertiger Kaufvertrag vereinbart wäre.

---

7) Dazu unten § 9 I.

8) Im Ergebnis übereinstimmend HENRICH, S. 233. Wenn HENRICH, Vorvertrag und Option danach abgrenzt, ob ein Partner bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zum Vertragsschluß bereit ist (dann Option) oder ob er sich verpflichtet, zu einem bestimmten Zeitpunkt einen Vertrag zu schließen (dann Vorvertrag) so beschreibt er unter einem Aspekt richtig den Unterschied zwischen Forderungsrecht und Gestaltungsrecht.

Denkbar ist allerdings, daß über den Fälligkeitszeitpunkt hinaus noch weitere Punkte offengeblieben sind, und daß sich die Parteien insoweit ausdrücklich verpflichten, über die noch offenen Punkte eine weitere Regelung zu treffen[9]. Diese Einigungspflicht ist eine echte schuldrechtliche Leistungspflicht; sie kann als vorvertragliche Verpflichtung bezeichnet werden, vermag aber nichts daran zu ändern, daß die Gesamtvereinbarung der Parteien kein Vorvertrag ist[10].

5) Daß eine einseitige schuldrechtliche Kaufs- oder Verkaufspflicht nicht isoliert vereinbart werden kann, entspricht auch durchaus den wirtschaftlichen Zielen der Parteien. Diese wollen kein Forderungsrecht vereinbaren, sondern die Möglichkeit rechtlich sichern, daß ein Partner später nach seinem Willen einen Kaufvertrag herbeiführen kann.

Die rechtlich gesicherte Möglichkeit, einseitig über die Begründung eines Schuldverhältnisses zu entscheiden, ist im Sinne unserer Begriffsbestimmung ein Gestaltungsrecht[11]. Pactum de emendo und pactum de vendendo sind daher Optionsvereinbarungen.

---

9) Vgl. als Beispiel RGZ 124, 81.

10) Dazu ausführlich unten § 15. Übereinstimmend HENRICH, S. 233 mit Anm. 8.

11) Übereinstimmend HENRICH, S. 251.

II Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht und Inhaltsbestimmung im Sinne des § 315 BGB

1) Die rechtliche Qualifizierung der einseitigen Erwerbs- oder Verkaufspflichten fällt deshalb leicht, weil dann - wenn tatsächlich nur eine Bindung eines Partners gewollt ist - das Optionsrecht die einzige Geschäftsform zur Erklärung dieser einseitigen Bindung ist. Die Abgrenzung von Forderungsrecht und Gestaltungsrecht bereitet dagegen größere Schwierigkeiten, wenn die Parteien zwar von vornherein die beiderseitigen schuldrechtlichen Leistungspflichten regeln, aber offen lassen, ob und wann die Vertragsabwicklung erfolgen soll. Wie schmal die Trennlinie zwischen beiden Geschäftsformen sein kann, zeigen zwei Beispiele aus demselben Band der Entscheidungssammlung des Reichsgerichts. In dem einen Fall[12] hatten die Parteien einen Kaufvertrag vereinbart, in dem sich die Verkäuferin vorbehalten hatte, daß Preise und Lieferzeit für sie unverbindlich seien.

Das Reichsgericht hat diese Regelung als bindenden Kaufvertrag ausgelegt, weil mit Rücksicht auf die damalige wirtschaftliche Situation (Inflationszeit) die Verkäuferin das Recht haben sollte, Preis und Lieferzeit nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) zu bestimmen.

Während bei dieser Auslegung der Käufer seinerseits die in Inflationszeiten beliebtere Sachleistung erzwingen kann und auf Erfüllung selbst dann klagen kann, wenn der Verkäufer seiner Bestimmungspflicht nicht nachkommt (vgl. § 315 III BGB), hat das Reichsgericht[13] in einer zweiten Entscheidung trotz gleicher Interessensituation gegenteilig entschieden. Dieser zweiten Entscheidung lag folgende Vereinbarung zugrunde: "Die Lieferung ist freibleibend bezüglich

---

12) Vgl. RGZ 104, 114.
13) Vgl. RGZ 104, 98.

Lieferzeit und Lieferungsmöglichkeit. Eine Lieferungsverpflichtung wird mit Abgabe des Angebots und Annahme des Auftrags nicht übernommen[14].

Wie diese Beispiele zeigen, kommt es für die Abgrenzung von Vertrag und Optionsvereinbarung entscheidend darauf an, was die Parteien bezüglich des offen gebliebenen Lieferzeitpunktes - oder allgemeiner: des Fälligkeitszeitpunktes - vereinbart haben. Soll wie in dem ersten Beispielsfall der Partner, der über den Lieferzeitpunkt entscheiden kann, bei seiner Entscheidung an § 315 BGB gebunden sein, so liegt stets ein fertiger schuldrechtlicher Vertrag vor. Denn hier steht die Vertragsdurchführung nicht im Belieben des berechtigten Partners, weil er selbst durch die Schranken des § 315 BGB gebunden ist und weil damit die Vertragsabwicklung auch gegen seinen Willen erzwungen werden kann. Daß dieser schuldrechtliche Vertrag durch einseitige Erklärung einer Partei - nämlich durch Bestimmung des Fälligkeitszeitpunktes nach billigem Ermessen - noch inhaltlich ausgestaltet werden kann, ändert an dieser Bewertung nichts. Zwar ist auch das Bestimmungsrecht des § 315 BGB eine Gestaltungserklärung[15], denn es ermöglicht die einseitige Festlegung des Vertragsinhalts. Insoweit spricht BÖTTICHER[16] anschaulich von

---

14) Mit Recht begegneten die Gerichte solchen Klauseln zunächst mit Mißtrauen; vgl. etwa RG, JW 1921, 1235 ("die Klausel darf nicht dazu mißbraucht werden, leichtfertig tönende Versprechungen zu machen"). Werden für die Berufung auf die Freizeichnungsklausel besondere Gründe verlangt (Auslegungsfrage), dann besteht kein Optionsrecht, sondern ein Rücktrittsrecht von einem bestehenden Vertrag; vgl. dafür RGZ 97, 325; 99, 105; 100, 258; 104, 306; 105, 368; BGH, NJW 1958, 1628; schon schwankend RG, JW 1921, 333.
Eine Zusammenstellung solcher Klauseln findet sich bei PLUM, Der Einfluß des Krieges und der Revolution auf schwebende Lieferverträge im Lichte der Rechtsprechung, JW 1921, 51 f.

15) Die Gestaltungsrechtsnatur des Bestimmungsrechts erklärt, daß einmalige Ausübung das Recht erschöpft; so richtig RGZ, 104, 170.

16) Festschrift Dölle I, S. 51.

einem "ausfüllenden Gestaltungsrecht". Doch mit diesem Gestaltungsrecht kann immer nur ein bestehendes Schuldverhältnis wie eine fertige Form inhaltlich ausgefüllt werden; die Form selbst kann dagegen nicht mehr einseitig geändert werden.

2) Die Unterschiede zwischen einem Optionsrecht und einem Forderungsrecht mit einseitiger Bestimmungsmöglichkeit des Fälligkeitszeitpunktes werden besonders deutlich, wenn man die Rechtsstellung des gebundenen Partners betrachtet. Denn der Berechtigte erlangt in beiden Fällen ein subjektives Recht mit vergleichbarem Interessengehalt[17]. Auf der "Passivseite" dieser beiden subjektiven Rechte ist allein das Forderungsrecht durch gegenwärtig bestehende schuldrechtliche Leistungspflichten gekennzeichnet, während der Optionsgebundene vor Optionsausübung nicht zu einer positiven Leistung im Interesse des Berechtigten verpflichtet wird.

Zwar darf auch der Optionsgebundene das subjektive Recht des Berechtigten nicht verletzen. Doch er erfüllt damit keine schuldrechtliche Leistungspflicht[18], sondern er beachtet lediglich das gegen ihn gerichtete fremde subjektive Recht. Insoweit gilt für das relative subjektive Gestaltungsrecht nur, was für absolute subjektive Rechte längst anerkannt ist: die Pflicht, ein fremdes subjektives Recht nicht zu verletzen, ist keine erfüllbare schuldrechtliche Unterlassungspflicht.

Schuldrechtliche Leistungspflichten können nicht als Dauerzustand verewigt werden. Sie schaffen ein auf Erfüllung gerichtetes Spannungsverhältnis, bei dem auch der Schuldner einen gewissen Einfluß auf die Erfüllung ausüben kann, wenn

---

17) Vgl.dazu schon die Bemerkungen bei HECK, § 41, 3 (S.123).

18) Das wird von NAUMANN, S. 47 verkannt, der die Option als einseitig verpflichtenden Vorvertrag konstruiert und die "Bereitschaftspflicht" des Optionsgebundenen zur Leistungspflicht erhebt. Vgl. zu ähnlichen Überlegungen STINTZING, S. 29 und öfter.

er den Gläubiger in Annahmeverzug setzt. Zusätzlich sind Leistungspflichten zeitlich stets durch die Schranke der Verjährung begrenzt. Die statische Bindung durch ein Optionsrecht kann dagegen ohne zeitliche Beschränkung vereinbart werden[19]. Allein § 138 BGB kann eine überlange Optionsbindung als sittenwidrige Knebelung nichtig machen[20]. Insgesamt gesehen ist damit die durch das Forderungsrecht geschaffene klare Situation für den gebundenen Partner angenehmer als die ungewisse Wartestellung bei Vereinbarung eines Optionsrechts.

---

19) § 503 BGB kann nicht für alle Gestaltungsrechte verallgemeinert werden, denn schon für das Vorkaufsrecht fehlt eine vergleichbare Regelung. Anders HENRICH, S. 262 mit weiteren Hinweisen und BGH, BB 1967, 648.

20) Daß eine Optionsbindung als solche noch niemals sittenwidrig ist, hat der Bundesgerichtshof wiederholt ausgesprochen. Vgl. BGHZ 34, 80; BGH, BB 1962, 465; 1967, 977.

III Der sog. Kaufanwärtervertrag

1) In der heutigen Geschäftspraxis wird beim Kauf eines neu errichteten Wohnhauses oder einer Eigentumswohnung zwischen dem Verkäufer (Wohnungsunternehmen) und dem einzelnen Käufer ganz überwiegend zunächst ein sog. Kaufanwärtervertrag abgeschlossen. In diesem Kaufanwärtervertrag verpflichtet sich der Käufer, die Kaufpreiszahlungen entsprechend dem Baufortschritt zu erbringen und auf Verlangen des Verkäufers einen notariellen Grundstückskaufvertrag abzuschließen. Von einer Übereignungspflicht (oder auch nur der Verpflichtung, einen notariellen Vertrag abzuschließen) auch des Verkäufers ist entweder nicht die Rede[21] oder es ist sogar eine solche Verpflichtung ausdrücklich ausgeschlossen. Eine Besonderheit des Kaufanwärtervertrags ist es, daß er nicht in der von § 313 BGB geforderten Form geschlossen wird. Daneben hat dieser Vertrag für den Veräußerer den wirtschaftlichen Vorteil, daß der sog. Anwärter zu Zahlungen verpflichtet wird, ohne daß ihm seinerseits Gegenansprüche zustehen. Der Verkäufer kann daher mit den Kaufpreiszahlungen das Gebäude errichten und er wird regelmäßig erst mit Erfüllung der Zahlungsverpflichtungen das Gebäude dem Käufer übereignen. Kann der Käufer nicht ordnungsgemäß erfüllen, so wird der Verkäufer einen neuen Interessenten suchen; kann umgekehrt der Verkäufer nicht ordnungsgemäß erfüllen, dann bleibt dem Käufer nur die Möglichkeit, die geleisteten Zahlungen zurückzufordern.

2) Der Kaufanwärtervertrag ist keine neue Erfindung. Unter dem Namen pactum de emendo war schon in früherer Zeit die einseitige Bindung des Erwerbers bekannt[22]. An der Zulässigkeit dieser Geschäftsform sollten keine Zweifel be-

---

21) Vgl. OLG Stuttgart, Die Justiz 1965, 272.

22) Vgl. die grundsätzliche Entscheidung in RGZ 81, 134.

stehen[23]. Fraglich ist allein, ob die traditionelle Auffassung recht hat, wenn sie lehrt, daß die Vereinbarung eines pactum de emendo von dem Wirkungsbereich des § 313 BGB nicht mehr erfaßt wird[24].

Wie unter I 4 gezeigt wurde, wird mit der Vereinbarung eines pactum de emendo ein Optionsrecht zugunsten des Verkäufers begründet. Da das Gestaltungsrecht den Berechtigten nicht bindet, ist nach dem Sinn des § 313 BGB die Beurkundung seiner Erklärung bei der Einräumung des Optionsrechts nicht notwendig[25]. Dagegen muß die Erklärung des Käufers schon bei der Einräumung der Option der Form des § 313 BGB genügen. Dem steht nicht entgegen, daß der Formzwang des § 313 BGB nur zum Schutz des Eigentümers besteht. Denn ohne beurkundete Erklärung des Erwerbers erlangt der Eigentümer kein Gestaltungsrecht, das ihm erlaubt, durch eine einseitige (formgerechte) Erklärung einen Grundstückskaufvertrag zu begründen.

Die nach § 313 BGB notwendige Beurkundung der Käufererklä-

---

23) Vgl. dazu oben 6 I 3 mit Anm. 6.

24) Vgl. RG, JW 1905, 126 und sehr ausführlich RGZ 81, 134; RGZ 101, 332; OLG Stuttgart, Die Justiz 1965, 272. Im Bereich des § 15 IV GmbHG soll nach der Rechtsprechung das pactum de emendo formbedürftig sein. Vgl. RG, JW 1909, 431 und dazu die Anmerkungen von FUCHS, JW 1911, 201 und BETT, JW 1911, 626. RGZ 102, 63 (64); 159, 385 (397). Anders HENRICH, S. 253.

25) Richtig HENRICH, S. 251; FLUME, 38, 2d. Fraglich ist, ob in den Fällen, in denen die Einräumungserklärung beurkundet wurde auch noch die Ausübungserklärung dem Formzwang unterliegt. Das Reichsgericht (RGZ 126, 308 (313)) hat das verneint. Danach soll dem Schutzzweck des § 313 BGB schon dann genügt sein, wenn überhaupt eine formgerechte Erklärung abgegeben wurde. Bedenkt man aber, daß das Optionseinräumungsgeschäft den Grundstückseigentümer nur begünstigt, dann besteht vor der Optionsausübung noch kein Vertrag, der den Grundstückseigentümer i.S. des § 313 BGB verpflichtet oder bindet. Eine Verpflichtung wird erst einseitig durch die Optionsausübung begründet. Die Beurkundung dieser ersten "nachteiligen" Erklärung sollte daher nicht durch Beurkundung einer zwischen denselben Partnern vorhergehenden "begünstigenden" Erklärung ersetzt werden können. Näher hierzu BÖTTICHER, Festschrift Dölle I, S. 48 mit Anm. 10.

rung kann auch in dem Sonderfall der Rechtsbegründung durch Gestaltungsrecht nicht durch die bloße Beurkundung der Gestaltungserklärung, ersetzt werden. Der Optionsberechtigte hat immer nur die Rechtsmacht, die ihm zuvor unter Mitwirkung des Optionsgebundenen eingeräumt wurde[26]. Nur die Mitwirkung bei der Einräumung der Option rechtfertigt den Verzicht auf die Mitwirkung des Gestaltungsgegners bei der Begründung des endgültigen Geschäfts. Dabei muß die Mitwirkungserklärung bei der Optionseinräumung die gleiche Qualität - auch die gleiche Formqualität - wie die ersetzte spätere Erklärung haben. Da der Optionsberechtigte keine originäre Rechtsmacht allein erzeugen kann, kann das Recht, ein formbedürftiges Geschäft zu begründen, nur wiederum durch eine formgerechte Erklärung geschaffen werden.

3) Durch einen Kaufanwärtervertrag wird also nur dann ein Optionsrecht für den Eigentümer begründet, wenn die Erklärung des Anwärters beurkundet ist. Die in der heutigen Geschäftspraxis üblichen Vereinbarungen, bei denen weder die Erwerber- noch die Veräußererererklärung beurkundet ist, sind unwirksam. Für den Erwerber deshalb, weil jede Verpflichtung des Eigentümers ausgeschlossen ist; für den Eigentümer aber, weil die Parteien keine einseitige Erwerbsverpflichtung vereinbart haben und das vereinbarte Gestaltungsrecht mangels Beurkundung der Erwerbererklärung nicht formgerecht entstanden ist.

Auch die Umdeutung der Erwerbererklärung in eine unwiderrufliche Offerte führt nicht zu dem von dem Veräußerer gewünschten Ziel. Wenn der Eigentümer die (nicht beurkundete) Offerte in beurkundeter Erklärung annimmt, dann ist noch kein formgerechter Grundstückskaufvertrag abgeschlossen. Es fehlt die Beurkundung der Käufererklärung. Diese Beurkundung kann der Veräußerer nicht erzwingen, weil sich der Erwerber dazu nicht verpflichtet hat. Der Erwerber hat nur eine Offerte abgegeben und diese verpflichtet nicht zu einer schuldrechtlichen Leistung.

---

26) Vgl. dazu oben § 5 I 2.

§ 8 Nachträgliche Festlegung des Vertragsinhalts

I Der Vorbehalt späterer Einigung

Der Vorvertrag nennt nicht alle Bedingungen des endgültigen Vertrags. Er verpflichtet die Parteien nur zum Abschluß eines Hauptvertrags. In der Praxis verengt sich diese Verpflichtung in aller Regel auf die Pflicht zur Einigung über einen offengebliebenen - allerdings wesentlichen - Punkt.

Ein anschauliches Beispiel dafür ist folgender Sachverhalt, über den der Bundesgerichtshof[1] zu entscheiden hatte. Die Parteien (eine Mineralölfirma und ein Grundstückseigentümer) hatten einen Vertrag über die Errichtung einer Tankstelle vereinbart. Neben der genauen Formulierung der einzelnen Vertragsbedingungen wurde folgender Vorbehalt gemacht: "die Vertragsdauer wird noch festgelegt"[2]. Mit diesem Vorbehalt haben die Geschäftspartner den entscheidenden Streitpunkt,

---

1) BGH, V. ZR (25.5.61) veröffentlicht in WM 1961, 1052.

2) Ähnliche Klauseln: RGZ 60, 174: "das Honorar bestimmt sich nach einer noch zu vereinbarenden höheren Summe"; OLG Breslau, OLG 16, 383: "Kauf bei vorbehaltener Einigung über die Zahlungsweise"; RG, Warn 1914 Nr. 325: "Höhe des Mietzinses ist späterer Einigung vorbehalten"; OLG Hamburg SeuffA 53 Nr. 220: "Verzinsung des Darlehens nach Übereinkunft"; RG, SeuffA 73 Nr. 156: "der Kaufvertrag wird zu einem noch zu vereinbarenden Preis abgeschlossen"; RG, SeuffA 82 Nr. 182: "Abfindung in einer noch zu vereinbarenden Art"; RGZ 124, 81: "Die näheren Bedingungen des Kaufs bleiben dem abzuschließenden Kaufvertrag vorbehalten"; OLG Bremen, VRS 4, 81: "Zahlungsbedingungen nach Vereinbarung bei Lieferung des Fahrzeugs"; BGH, WM 1961, 1053: "Ein endgültiger Vertrag wird nach Fertigstellung der gesamten Räume abgeschlossen"; BGH, BB 1965, 103: "über diesen Punkt soll in nochmaliger Verhandlung Einigung versucht werden".

Es genügt, wenn der Vorbehalt späterer Einigung mit den üblichen Auslegungsmitteln festgestellt werden kann. Vgl. RGZ 106, 174: "... soll eine Gesellschaft z.B. des bürgerlichen Rechts, AG oder GmbH usw. gegründet werden".

der dem sofortigen Abschluß einer endgültigen Regelung entgegen stand, vorläufig ausgeklammert. Warum die Vertragsdauer zum Streitpunkt werden konnte, wird klar, wenn man weiß, daß der Grundstückseigentümer durch den Vertrag zu Abnahmepflichten gegenüber der Mineralölfirma gezwungen wird. Der Grundstückseigentümer wünscht deshalb eine möglichst kurze Vertragsdauer, um alsbald seine wirtschaftliche Freiheit wieder zu erlangen. Die Mineralölfirma, die die Errichtung der Tankstelle mitfinanziert hat, will dagegen den Eigentümer möglichst lange in Abhängigkeit halten.

Der Bundesgerichtshof hat im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung die Klausel "die Vertragsdauer wird noch festgelegt" dahin ausgelegt, daß sich die Parteien gerade auf eine bestimmte Vertragsdauer geeinigt haben. Das mag eine für beide Parteien angemessene Kompromißlösung sein. Wie diese Kompromißlösung gefunden wurde, hat der Bundesgerichtshof mit folgenden Ausführungen erklärt: "Hätte das Berufungsgericht diese Fragen - nötigenfalls im Wege des § 139 ZPO - mit den Parteien erörtert und sich gegebenenfalls nach Hinzuziehung eines Sachverständigen, die für die Bestimmung des Hauptvertrags notwendigen Unterlagen verschafft, so hätte es auch die nach Lage der Umstände angemessene und von den Parteien vermutlich gewollte Vertragsdauer ermitteln können".

Daß der Bundesgerichtshof den Parteien die nivellierende "angemessene" Kompromißlösung aufgedrängt hat, entspricht nicht der gewollten und vereinbarten Vertragsordnung[3]. Mit der Klausel "die Vertragsdauer wird noch festgelegt" ist eine vollständige Regelung vereinbart. Es besteht keine ergänzbare Vertragslücke, die der Richter ausfüllen könnte. Denn mit dem Einigungsvorbehalt zeigen die

---

3) Vgl. dazu die überzeugenden Ausführungen des Verbandsschiedsgerichts des deutschen Schrifttums, Ufita 1930, 218.

Parteien, daß sie keine angemessene Vertragsdauer vereinbaren wollen. Sie hätten dann ja einen Schiedsgutachter bestellen können. Vielmehr verbinden beide Parteien oder doch zumindest eine Partei mit der nur vorvertraglichen Bindung die Erwartung, bei der späteren Einigung ihre spezifischen Vorstellungen über die Vertragsdauer und damit eine günstigere als die nur angemessene Regelung durchsetzen zu können. "Denn wenn nur die angemessenen oder üblichen Bedingungen als vereinbart gelten sollten, so hätte es nicht des Vorbehalts einer Vereinbarung hierüber bedurft[4]".

4) So eine - im Ergebnis allerdings nicht befriedigende - Entscheidung des OLG Bremen, VRS 4, 81.

II Richterliche Vertragsergänzung

1) Wie für den Bundesgerichtshof[5] so ist für die gesamte Rechtsprechung das Problem der nachträglichen Festlegung des Vertragsinhalts nur eine Frage der ergänzenden Vertragsauslegung. In stetig wiederkehrenden formelhaften Wendungen wird verlangt, daß eine vorvertragliche Vereinbarung so genau bestimmt sein muß, daß daraus die Bedingungen des abzuschließenden Hauptvertrages bestimmbar sind[6]. Zwar soll es dann nicht erforderlich sein, daß die vorvertragliche Vereinbarung dieselbe Vollständigkeit aufweist wie der abzuschließende Hauptvertrag[7], "es genügt, wenn der Vorvertrag ein solches Maß an Bestimmtheit enthält, daß im Streitfalle der Inhalt des Vertrages richterlich festgesetzt[8] werden kann und bei einer fehlenden Einigung der Parteien in einem einzelnen Punkte unter Berücksichtigung des vermutlichen Parteiwillens ergänzt werden kann[9]".

2) Doch diese Bestimmbarkeitsformel ist schon in sich widersprüchlich. Sie verdeutlicht zwar richtig die Grundsätze der ergänzenden Vertragsauslegung; sie geht aber nicht über die traditionellen Grenzen der ergänzenden Vertragsauslegung noch hinaus, wenn sie sagt, "daß eine vorvertragliche Vereinbarung nicht dieselbe Vollständigkeit aufzuweisen braucht wie der abzuschließende Hauptvertrag". Da auch ein lückenhafter Hauptvertrag nach den Regeln der ergänzenden Vertragsauslegung vervollständigt werden kann,

---

5) Vgl. oben Anm. 1.

6) Vgl. zuletzt BGH, LM Nr. 3 zu § 705 BGB und aus früheren Entscheidungen RGZ 66, 116 (121); 124, 81 (83).

7) Vgl. BGH, LM Nr. 3 zu § 705 BGB; BGH, WM 1961, 1052; 1053. Vgl. auch BGH, BB 1953, 958 (Willenseinigung über alle wesentlichen Punkte; keine Regelung aller Nebenpunkte).

8) Vgl. RGZ 66, 116 (121); 156, 129 (138); BGH, WM 1956, 1518 (1520); BGH, LM Nr. 4 zu § 154 BGB; HENRICH, S. 119.

9) So BGH, LM Nr. 3 zu § 705 BGB.

ist dieser Satz nur so zu verstehen, daß bei einem Vorvertrag der Richter eine größere Freiheit zur Ergänzung offen gebliebener Punkte hat als bei einem Hauptvertrag. Der Vorvertrag wäre damit ein Vertragstyp mit erweiterter richterlicher Ergänzungsfreiheit.

Dabei läßt sich die traditionelle Auffassung von der Idee faszinieren, daß es verschiedene Stufen der Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts geben könnte, und daß verschiedenen Vertragstypen verschiedene Grade richterlicher Auslegungsfreiheit entsprechen[10]. Auch HENRICH ist bei der Beschreibung des Vorvertrags in dieser Vorstellung befangen. Für ihn ist der Vorvertrag ein lückenhafter Vertrag, der durch das Gericht ergänzt werden muß[11], wobei die Anforderungen für die Bestimmbarkeit geringer sein sollen als im Bereich des Hauptvertrags[12].

3) Entgegen dieser Ansicht können die Parteien den Umfang der ergänzenden Vertragsauslegung nicht manipulieren. Ergänzende Vertragsauslegung ist eine Formel für das Verhältnis von geäußertem Parteiwillen und richterlicher Freiheit bei der Festlegung des Vertragsinhalts. Dieses Verhältnis gilt unabänderlich für jeden Vertragstyp, so daß die Möglichkeiten des Gerichts, die Vertragspflichten im Sinne des vermutlichen Parteiwillens zu bestimmen nicht dadurch erweitert werden können, daß die Parteien ihre Regelung als Vorvertrag bezeichnen[13].

Wollten die Geschäftspartner den Umfang richterlicher Auslegungsfreiheit durch die Vereinbarung eines Vorvertrages

---

10) Vgl. dafür RG, SeuffA 92 Nr. 138 (S. 334) (für den Vorvertrag gilt freieste Auslegung).

11) S. 119.

12) Vgl. S. 119 ff. Bei einem Vorrechtsvertrag sollen dann die Anforderungen an die Bestimmbarkeit sogar noch geringer sein als im Bereich des Vorvertrags (so S. 312).

13) Richtig FLUME, 33,7. Vgl. auch ESSER, 7,6 b (beim Vorvertrag müssen die "normalen Auslegungsmittel" zur Inhaltsbestimmung genügen).

einverständlich erweitern[14], dann würde die ergänzende Vertragsauslegung zur richterlichen Vertragsgestaltung. Der Richter wird leistungsbestimmender Dritter[15]; das Gericht macht den Vertrag[16].

Dabei steht dieser richterlichen Vertragsgestaltung weniger die Privatautonomie der Partei entgegen. Denn nach der hier kritisierten Lehre wollen die Parteien ja gerade mit der Vereinbarung eines Vorvertrags diese erweiterte richterliche Zuständigkeit. Richterliche Vertragsgestaltung ist aber mit richterlicher Tätigkeit nicht zu vereinbaren. Zulässig ist nur die kontrollierende richterliche Prüfung; unzulässig wäre ein selbständiges "primäres" (FLUME, 34,6e) Leistungsbestimmungsrecht[17] des Gerichts[18].

---

14) Vgl. für solche Vorstellungen RG, SeuffA 92 Nr. 138 (S. 334).

15) Vgl. etwa BGH, BB 1965, 103 (Nr. 132); Klausel: "Über diesen Punkt soll in nochmaliger Verhandlung Einigung versucht werden, ggf. soll das Gericht entscheiden".

16) Beispiele aus der Rechtsprechung: RG, LZ 1908, 866 (die Höhe des Stammkapitals sowie Name und Sitz der Firma können richterlich festgesetzt werden); OLG Hamburg, SeuffA 53 Nr. 220 (Bestimmung des angemessenen Zinsfußes nach richterlichem Ermessen); RG, SeuffA 82 Nr. 182 (das richterliche Ermessen soll über eine angemessene Zahlungsart entscheiden); RG, SeuffA 92 Nr. 138 (S. 335) (der Richter kann die angemessenen Vertragsbedingungen - Kaufpreis - ermitteln, wenn die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben); vgl. auch BGH, WM 1961, 1053 (1055) (der Richter muß aus dem beiderseitigen Parteivorbringen die Vertragsergänzung nach § 287 ZPO unter Berücksichtigung des vermutlichen Parteiwillens vornehmen).

17) Auch § 315 III BGB widerlegt nicht; dort hat die richterliche Vertragsgestaltung erst dann Raum, wenn der bestimmungsberechtigte Vertragspartner durch eine unbillige oder verspätete Erklärung sein Bestimmungsrecht "verwirkt" hat. Vgl. dazu NEUMANN-DUESBERG, JZ 1952, 705 (707).

18) Richtig insoweit HENRICH, S. 131, 141 mit weiteren Angaben. Sehr eingehend auch Verbandsschiedsgericht des deutschen Schrifttums, Ufita 1930, 218; vgl. weiter OLG Hamburg, JW 1935, 1253. Abzulehnen ist die Entscheidung BGH, BB 1965, 109 (Nr. 132).

III Vorvertrag und unvollständiger Hauptvertrag

1) Wer mit der herrschenden Lehre in dem Vorvertrag nur ein Problem der ergänzenden Vertragsauslegung sieht, muß schließlich die Frage beantworten, worin dann der Unterschied zwischen einem unvollständigen Hauptvertrag und einem Vorvertrag bestehen soll[19]. Denn wie wir gesehen haben, kann jeder unvollständige Vertrag stets nur in gleicher Weise ergänzt werden und es bleibt ohne Bedeutung, ob die Parteien ihre Vereinbarung als Vorvertrag oder Hauptvertrag bezeichnen[20].

Wie FLUME[21] richtig sagt, ist die Unterscheidung zwischen Vorvertrag und Hauptvertrag nur sachgerecht, wenn dadurch tatbestandlich unterschiedliche Schuldverhältnisse begründet werden. Dieser tatbestandliche Unterschied kann von den Parteien nicht dadurch geschaffen werden, daß sie in ihre Vereinbarung folgenden Vorbehalt aufnehmen: vor Entstehung (oder vor der Geltendmachung) der Hauptvertragsansprüche soll eine erneute Einigung erforderlich sein. Gerade das lehrt die traditionelle Auffassung. Sie kann für Vorvertrag und Hauptvertrag nur den inhaltlichen Unterschied nennen, daß die Parteien sich bei einem Vorvertrag nochmals über die schon bestimmbar festgelegten Bedingungen des Hauptvertrags einigen müssen.

Dieser Vorbehalt erneuter Einigung bleibt materiell[22] ohne

---

19) Zweifel an dieser Unterscheidung äußert schon v.TUHR II 1, S. 494. Die Frage wird ausdrücklich offen gelassen von LORENZ, S. 111.

20) Daß es auf die von den Parteien gewählte Bezeichnung nicht ankommt, sagt auch HENRICH, S. 113 f.

21) FLUME, 33, 7.

22) Auch nach der herrschenden Lehre müßte zumindest im Prozeß jede Wirkung des Einigungsvorbehalts entfallen. Nach dem Bundesgerichtshof (NJW 1967, 553) "wäre es ein nicht gerechtfertigter Formalismus, einen Gläubiger, der einen Anspruch auf Einwilligung in weitere Rechtsfolgen hat, nicht sogleich das Klagerecht auf die Rechtsfolgen selbst zu geben".

Wirkung, weil sich die Parteien in dem Vorvertrag gerade zu dieser Einigung verpflichtet haben. Eine Rechtsfolge, über deren Verwirklichung sich beide Partner ohne jede Bedingung[23] einig sind, ist gegenwärtig schon verwirklicht. Der Vorbehalt der Einigung wird damit zum bedeutungslosen "Vorbehalt doppelter Einigung". Denn die Parteien haben es nicht mehr in der Hand, den Entstehungstatbestand eines Vertrags von einer zweimaligen Einigung über die Vertragsbedingungen abhängig zu machen[24], wenn diese Bedingungen schon nach der ersten Einigung festliegen.

Wenn HENRICH[25] demgegenüber einwendet, daß die Vertragsfreiheit den Parteien auch den Abschluß unnötiger Verträge gestattet, so trifft das den vorliegenden Fall nicht. Denn hier geht es nicht um den Nachweis, daß der Vorvertrag ein Hauptvertrag mit unnötigem Inhalt ist, sondern um die Frage, ob mit Vorvertrag und Hauptvertrag zwei verschiedene Vertragstypen nebeneinanderstehen. Dazu müßte gezeigt werden, daß der Vertrag mit dem Vorbehalt doppelter Einigung einen von der Rechtsordnung anerkannten Tatbestand bildet, der von dem des Hauptvertrages mit gleichem Inhalt abweicht.

2) Eine verbreitete Auffassung sieht nur die Besonderheit einer vorvertraglichen Bindung - im Gegensatz zu einem unvollständigen Hauptvertrag - darin, daß die Partner

---

23) Die Argumentation gilt nicht mehr für die Fälle, in denen die erneute Einigung nur auf einer anderen Formstufe erfolgen soll. Hier mag in einem technischen Sinn von einem Vorvertrag gesprochen werden. Da diese Vereinbarungen das hier interessierende Einigungsproblem nicht kennen, können sie übergangen werden. Vgl. im übrigen RGZ 86, 30; BGH, NJW 1962, 1812.

24) Vgl. die ähnlichen Überlegungen bei BLOMEYER, Festschr. für Raape, S. 296, der mit Recht eine materiellrechtliche Pflicht zum Abschluß eines inhaltlich identischen weiteren Vertrages verneint. Vgl. weiter LARENZ I, 6 III ("Vorvertrag erscheint unnötig").

25) S. 78. Vgl. auch S. 115.

des Vorvertrags die Auslegungsregel des § 154 BGB ausgeschlossen haben. Danach wollen die Vertragspartner sich vertraglich binden, obwohl sie sich nicht in allen Punkten geeinigt haben[26].

Wenn aber die Parteien vereinbaren "die Vertragsdauer wird noch festgelegt" dann ist das keine bloße Nichtregelung[27] und damit keine Vertragslücke. Die Parteien haben sich geeinigt[28]. Sie haben die Vertragsdauer zwar nicht in einer Zahl festgelegt; sie haben sich aber verpflichtet, sich über die Vertragsdauer noch zu einigen, und das ist eine Einigung von derselben Qualität, wie wenn die Parteien sich verpflichtet hätten, die Vertragsdauer durch einen Schiedsgutachter festlegen zu lassen. Es ist daher sicher unrichtig, wenn vom Reichsgericht (in SeuffA 82 Nr. 182) bei der Auslegung der Klausel: "Abfindung in einer noch höher zu vereinbarenden Art" gesagt wurde, die Parteien hätten sich nicht geeinigt, weil sie sich nicht "sachlich" geeinigt haben.

Der Vorvertrag ist also ein vollständiger Vertrag. Seine tatbestandliche Besonderheit ist es, daß sich die Parteien verpflichten, vor dem sachlichen Leistungsaustausch noch über mindestens einen Punkt eine nähere Regelung zu treffen. Wo diese Verpflichtung zur Einigung fehlt, ist eine lückenhafte Regelung je nach dem Willen der Parteien als noch unverbindlicher Hauptvertrag (so die Regel des § 154

---

26) Vgl. RG, SeuffA 82 Nr. 182; BGH, WM 1961, 1052; ähnlich BGH, WM 1962, 114. Siehe auch RG, Warn 1914 Nr. 325; HRR 1937 Nr. 496.

27) Richtig insoweit BGH, WM 1961, 1052.

28) Anders RGRK (WILDE), Vorbem. zu §§ 315-319 BGB; PALANDT-DANCKELMANN, 1 zu § 315 BGB, die auf die Einigungsverpflichtung die Regel des § 154 BGB anwenden wollen. Vgl. weiter OLG Breslau, OLG 16, 383; OLG Bremen, VRS 4, 81.

BGB) oder in Ausnahmefällen[29] als verbindlicher - ergänzbarer - Hauptvertrag auszulegen. Niemals stellt sich die Frage nach einem Vorvertrag.

Damit entfällt auch die Gefahr, daß ein Geschäftspartner für Vorbesprechungen oder noch nicht verbindliche Abmachungen (§ 154 BGB) mit der Berufung auf eine vorvertragliche Bindung Verpflichtungswirkungen erschleicht. Die herrschende Lehre, die einen unfertigen Hauptvertrag und einen Vorvertrag tatbestandlich nicht unterscheiden kann, ist freilich diesem Problem ständig ausgesetzt. Deshalb mußte der Bundesgerichtshof[30] den Grundsatz entwickeln, daß Hauptvertrag und Vorvertrag in einem Regel-Ausnahmeverhältnis stehen und daß deshalb eine unvollständige Regelung ein unvollständiger Hauptvertrag und damit eine noch nicht verbindliche Regelung ist, falls nicht das Vorliegen einer vorvertraglichen Bindung durch besondere Gründe nachgewiesen wird.

---

29) Vgl. etwa BGH, MDR 1954, 217 (wer die Vorteile des Vertrages in Anspruch genommen hat, darf sich nicht auf § 154 BGB berufen); BGH, LM Nr. 13 a zu § 105 HGB (beiderseitiger Vollzug des unvollständigen Vertrages). Vgl. weiter RG, Recht 1941, 3853; dort hatten die Parteien trotz des Einigungsvorbehaltes mit dem Hinweis "wenn die Unterlagen vorliegen" der ergänzenden Vertragsauslegung den Weg gewiesen.

30) Vgl. BGH, LM Nr. 40 zu § 256 ZPO = WM 1956, 1518; BGH, NJW 1962, 1812; HENRICH, S. 114.

IV Einseitige Vertragsergänzung nach § 315 BGB

Wir haben oben gesehen, daß die Geschäftspartner mit dem Vorbehalt späterer Einigung die Zuständigkeit des Richters bei der Vervollständigung des Vertrags ausdrücklich ausgeschlossen haben. Damit ist es allein Sache der Parteien, den schließlichen Vertragsinhalt festzulegen.

Nun wird teilweise angenommen, daß in Anwendung der §§ 315, 316 BGB allein eine Partei für die Inhaltsbestimmung zuständig ist[31]. So hat das Reichsgericht (in SeuffA 73 Nr. 156) bei der Auslegung folgender Klausel: "die Parteien schließen einen Kaufvertrag zu einem noch zu vereinbarenden Preise" als Regelauslegung festgestellt, "daß der Preis nach billigem Ermessen und zwar gemäß § 316 BGB im Zweifel durch den Verkäufer zu bestimmen ist"[32].

Die Lösung des Reichsgerichts mag zwar in Einzelfällen dem Willen der Parteien entsprechen. Im allgemeinen haben aber die Parteien mit dem Vorbehalt späterer Einigung die einseitige Inhaltsbestimmung durch einen Geschäftspartner, die ja noch gefährlicher als die Entscheidung eines Schiedsgutachters ist, ausdrücklich ausgeschlossen. Da das einem Geschäftspartner eingeräumte einseitige Bestimmungsrecht dem Vertragsprinzip im Grunde widerspricht, muß diese Folge vom klaren Willen beider Partner getragen sein. Nur selten wird allein die Vertragstypizität es rechtfertigen, daß der Vorbehalt späterer Einigung als Vereinbarung eines einseitigen Bestimmungsrechts ausgelegt wird[33].

---

31) Vgl. etwa NIPPERDEY, ZBlHR 1930, 300 für den Sonderfall des einseitig verpflichtenden Vorvertrages.

32) Vgl. weiter RG, Warn 1914 Nr. 325; SeuffA 82 Nr. 182. Auch FLUME, 34,6e, der zu dieser Entscheidung Stellung nimmt, löst das Problem der zweiseitigen Vervollständigung des Vertrages nicht. Dagegen betont NEUMANN-DUESBERG, JZ 1952, 705 (709) mit Recht den Vorrang der vereinbarten Parteieinigung und daß auch bei Scheitern dieser Einigung (vgl. dazu unten § 9 II 2) § 315 BGB - mit der Konsequenz des § 315 III BGB - die Zwangseinigung der Geschäftspartner nicht erlaubt.

33) Vgl. RG, Warn 1913 Nr. 221; RGZ 104, 114.

§ 9 Die Erfüllung des Vorvertrags

I Inhalt der Leistungspflicht

1) Mit dem Vorbehalt "die Vertragsdauer wird noch festgelegt"[1] wollen die Geschäftspartner erreichen, daß sie später diesen Punkt nochmals unter Einsatz ihrer gesamten Abschlußmacht aushandeln können. Nicht der Richter[2] und nicht eine Partei[3] allein, sondern nur der übereinstimmende Wille beider Parteien soll über die Vertragsdauer entscheiden.

Die Frage ist nun, welchen Inhalt diese Verpflichtung zur Einigung hat und was die Parteien zur Erfüllung dieser Verpflichtung tun müssen. Dabei muß der Widerspruch gelöst werden, daß die Parteien sich zwar zur Einigung über die Vertragsdauer verpflichtet haben, daß aber die volle Privatautonomie beim Aushandeln der noch offenen Vertragsdauer nur dann gewahrt wird, wenn die Parteien den Abschluß des Hauptvertrags auch verweigern können.

2) Der Bundesgerichtshof[4] hat die Frage nach dem Inhalt der Verpflichtung zur Einigung mit folgenden Überlegungen beantwortet: "Ein Vorvertrag verpflichtet beide Parteien zum Abschluß eines Vertrages, also zur Abgabe eines eigenen Angebotes, aber auch zur Annahme eines vom Vertragsgegner gemachten Angebotes. Die auf Grund eines Vorvertrages geschuldete Leistung beschränkt sich daher nicht auf die Abgabe einer Angebotserklärung. Das bloße Angebot der einen Partei bedeutet noch keine vollständige Erfüllung der für sie durch den Vorvertrag begründeten Verpflichtung mit der Folge, daß nach § 362 I BGB das Schuldverhältnis erloschen wäre."

---

1) Vgl. oben § 8 Anm. 1.

2) Vgl. oben § 8 II.

3) Vgl. oben § 8 IV.

4) BGH, LM Nr. 3 zu § 305 BGB = WM 1958, 491. Auf den Widerspruch zu der üblichen Formel, wonach der Hauptvertragsinhalt durch den Richter bestimmbar sein müsse, ist das Gericht nicht eingegangen.

3) Dieser Satz, wonach sich die auf Grund eines Vorvertrages geschuldete Leistung nicht auf Abgabe "einer" Angebotserklärung beschränkt, kann aber je nach der Betonung verschieden gedeutet werden. Man könnte einmal daraus entnehmen, daß ein Partner - wenn er mit einer Angebotserklärung die geschuldete Leistung noch nicht erbracht hat - weiter verpflichtet bleibt und in Erfüllung seiner Vertragspflichten mehrere Angebote abgeben muß. Naheliegender ist aber, daß man das Gericht dahin verstehen soll, daß ein Geschäftspartner, trotz Abgabe eines Angebotes verpflichtet bleibt, ein Angebot des Vertragsgegners anzunehmen.

Die Forderung, daß der Schuldner verpflichtet ist, mehrere Angebote abzugeben, ist schon praktisch nicht überzeugend und führt im Ergebnis zu einer unzulässigen Vermengung richterlicher und schiedsgutachterlicher Tätigkeit. Denn wie breit soll der abzugebende Angebotsfächer sein? Muß in dem genannten Tankstellenerrichtungsvertrag die Mineralölfirma mehrere Angebote über zwanzig, fünfzehn oder zehn Jahre Vertragsdauer machen und wie wird festgestellt, ob genügend Angebote abgegeben sind? Dieses Verfahren würde dann dazu führen, daß der Vertragsinhalt mit Hilfe des Gerichts ausgehandelt wird. Denn nur das Gericht könnte entscheiden, ob genügend Angebote abgegeben sind, und da das jeweils letzte Angebot dem Partner am weitesten entgegen kommt, würde das Gericht mit der Entscheidung, daß jetzt genügend Angebote abgegeben sind, allein über die Vertragsdauer bestimmen.

Auch die andere Alternative, wonach es jedem Partner des Vorvertrags erlaubt sein soll, das Angebot des Gegners abzulehnen, um dann seinerseits die Annahme des eigenen Angebots zu erzwingen, hält der Kritik nicht stand. Dabei ist bezeichnend, daß auch der Bundesgerichtshof diese Konsequenz unter Zuflucht zu § 242 BGB vermieden hat. Diese Alternative führt nur dann zu befriedigenden Ergebnissen, wenn eine Partei jede Erklärung verweigert. Sie versagt aber, wenn beide Parteien zum Angriff übergehen und die Annahme ihrer eigenen Offerte verlangen. Da nach dem Bundesgerichtshof beide Begehren materiell begründet sind, hätte die zeitlich erste

Klage auf Annahme der Offerte auch dann Erfolg, wenn der Beklagte nur mit einem Gegenangebot antwortet. Nur mit Hilfe des Prozeßrechts kann der Beklagte verhindern, daß ihm die Bedingungen des Gegners aufgedrängt werden. Er muß dazu Widerklage auf Annahme seines Angebots erheben. Damit sind beide Begehren unbegründet.

4) HENRICH[5] hat die Ausführungen des Bundesgerichtshofs teilweise übernommen. Er schreibt: "In einem solchen Falle (wenn sich verschiedene Angebote beider Vertragspartner gegenüberstehen) sind beide Partner zur Annahme des gegnerischen Angebots verpflichtet." Und er sucht das oben aufgezeigte Dilemma mit folgender Überlegung zu lösen: "... kommt eine Einigung nicht zustande, so bestimmt der Richter den Inhalt des Hauptvertrages in den Grenzen, welche die Parteien durch ihr jeweiliges Angebot gemacht haben." Doch der Richter kann weder unter Abwägung der beiderseitigen Angebote eine angemessene Regelung bestimmen, noch kann er den Inhalt des Hauptvertrags als Mittelwert der beiderseitigen Angebote festlegen. Beides ist von den Parteien nicht gewollt und beides ist auch mit traditioneller richterlicher Zuständigkeit nicht vereinbar. Was HENRICH vorschlägt, ist nämlich nichts anderes als richterliche Schiedsgutachtertätigkeit.

5) Wenn nach dem Inhalt der Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrags gefragt wird, dann läßt sich eine Lösung nur finden, wenn zwischen der zum Leistungserfolg führenden Leistungshandlung und dem Leistungserfolg selbst, unterschieden wird[6]. Nach dieser Unterscheidung kann der Gläubiger nicht die Herbeiführung des Leistungserfolgs erzwingen, sondern lediglich die Vornahme der geschuldeten Leistungshandlung[7].

5) S. 213 (allerdings beschränkt auf Nebenpunkte der vertraglichen Regelung).

6) Vgl. dazu eingehend OERTMANN, ZBlHR 93, 356 ff., insbesondere S. 375; ESSER, 30, 1; RAISER, Dingliche Anwartschaften, S. 25 (beschränkt auf den Vorbehaltskauf).

7) So wohl auch ESSER, 30, 6.

Der in dem Vorvertrag vereinbarte Leistungserfolg besteht in dem Abschluß des Hauptvertrags. Die zu diesem Leistungserfolg führende Leistungshandlung kann einmal in der Annahme eines vom Gegner gemachten Angebots bestehen. Eine geeignete Leistungshandlung ist es aber auch, wenn sich ein Partner darauf beschränkt, seinerseits nur ein Angebot abzugeben.

Beide Leistungshandlungen sind gleichwertig. Mit jeder dieser beiden Erklärungen (Annahme des gegnerischen Angebots oder Abgabe eines eigenen Angebots) kann die nach dem Vorvertrag geschuldete Leistung erbracht werden. Der Schuldner hat also die Wahl zwischen beiden Möglichkeiten. Ist die geschuldete Leistungshandlung einmal erbracht, so ist jedes weitere Erfüllungsverlangen - auch ohne daß im Sinne des § 362 BGB der Erfüllungserfolg eingetreten zu sein braucht - unbegründet; das "Dilemma"[8], daß mangels Erfüllung immer neue Leistungshandlungen verlangt werden könnten, besteht nicht.

Nur wenn ein Partner sich völlig verschweigt, dann kann der Gegner die Erfüllung des Vorvertrags erzwingen, indem er die Annahme seines Angebots verlangt. Denn eine Leistungshandlung muß in jedem Fall erbracht werden.

6) Diese Ausführungen über den Inhalt der vorvertraglichen Leistungspflicht bedürfen allerdings noch einer gewissen Präzisierung. Denn die Abgabe irgendeines Angebotes ist dann keine geeignete Erfüllungshandlung, wenn das Angebot von vornherein so unsachlich ist, daß eine Annahme durch den Gegner nicht erwartet werden kann. Das ist aber nur die zwangsläufige Folge der vorvertraglichen Verpflichtung zur

---

8) Gegen ESSER, 108, 3d. Wäre die dort gemachte Identifizierung von Bewirkung aller Leistungshandlungen und Leistungserfolg richtig, so erfolgt beim Vorbehaltskauf der Eigentumserwerb bei Bedingungseintritt ohne rechtlichen Grund (denn was der Verkäufer schuldete, hätte er dann längst bewirkt).

Einigung. Während im üblichen Geschäftsverkehr jedes Angebot erlaubt ist, sind bei einem Vorvertrag nur solche Angebote vertragsgemäß, deren Annahme dem Gegner billigerweise noch zugemutet werden kann[9]. Ein unzumutbares Angebot ist zur Erfüllung der vorvertraglichen Einigungspflicht nicht mehr geeignet.

Ob noch ein zumutbares Angebot vorliegt, kann der Richter kontrollieren. Als Kontrollmaßstab dienen dabei die beiderseitige Interessenlage, das Vorbild anderer Regelungen in der nämlichen Geschäftssituation und der allgemeine Grundsatz des § 242 BGB[10].

---

9) Richtig insoweit RGZ 60, 174 ("Ausgeschlossen erscheint, daß der Autor die Einigung über das Honorar für die folgenden Auflagen einfach ablehnen oder durch Stellung einer exorbitanten Forderung unmöglich machen durfte"). Vgl. zu dieser Entscheidung auch unten III.

10) So hätte das OLG Breslau (in OLG 16,383) das Angebot des Bekl. prüfen müssen.

II Durchsetzung des Erfüllungsanspruchs

1) Beim Streit über die Erfüllung des Vorvertrags ergeben sich nur Schwierigkeiten, wenn beide Partner divergierende Angebote machen. Weder der Bundesgerichtshof[11] noch HENRICH[12] haben für diese Situation eine überzeugende Lösung gefunden.

Nach unserer Auffassung hat jeder Vertragspartner mit Abgabe eines - zumutbaren - Angebots die geschuldete Leistungshandlung erbracht. Will der Gegner dieses Angebot nicht annehmen und verlangt er die Annahme seines Angebots, so ist dieses Verlangen unbegründet; eine etwaige Klage muß abgewiesen werden[13].

2) Mit der Abweisung der Klage endet die Bindung der Parteien. Der Vorvertrag mündet nicht automatisch in einem Hauptvertrag. Doch nur dadurch kann im Gegensatz zu allen Formen der Zwangseinigung zu angemessenen Bedingungen die individuelle Abschlußfreiheit[14] jedes Partners gewahrt werden: jeder kann den Abschluß des Hauptvertrags verhindern, wenn der Gegner nicht bereit ist, gerade auf seine (zumutbaren) Bedingungen einzugehen, und jeder kann den Abschluß des Hauptvertrags erreichen, wenn er das Angebot

---

11) Vgl. oben I 2.

12) Vgl. oben I 4.

13) Der BGH (LM, Nr. 3 zu § 305 BGB = WM 1958, 491) findet über § 242 BGB zu diesem Ergebnis.

14) Diese durch die Person des Vertragspartners geprägte Beziehung wird wohl nicht nach § 571 BGB dem Eigentümerwechsel folgen. Wenn überhaupt, dann läßt sich nur so begründen, daß § 566 BGB - der nach der Rechtsprechung den Grundstückserwerber über die auf ihn übergehenden Verpflichtungen unterrichten will - auf Mietvorverträge keine Anwendung findet. Dazu zuletzt BGH, BB 1953, 958; ausführlich HENRICH, S. 153 ff.; FLUME, 33, 7.

des Partners annimmt[15].

Zur Beendigung der vorvertraglichen Bindung bedarf es nicht immer eines Urteils. Es genügt, wenn sich zwei divergierende Angebote gegenüberstehen und die beiderseitigen Positionen so verhärtet sind, daß die Parteien den Vertragsschluß nur zu ihren Bedingungen wollen[16]. Zwar ist mit diesem Patt der Angebote der Erfüllungserfolg im Sinne des § 362 BGB noch nicht eingetreten, so daß das Vertragsband noch weiter bestehen kann. Wenn die Parteien aber nicht mehr bereit sind, von ihrer jeweiligen Position abzugehen, dann wäre es ein venire contra factum proprium, wenn sie sich später darauf berufen wollten, es habe doch noch eine Möglichkeit für eine Einigung bestanden.

3) An dem schon vertrauten Tankstellenerrichtungsvertrag ("die Vertragsdauer wird noch festgelegt")[17] erweist sich der Wert unserer Auffassung. Da dort der Eigentümer überhaupt kein Angebot gemacht hat und nur versuchte, den ihm lästig gewordenen Vorvertrag abzuschütteln (übrigens die typische Situation, wenn es wegen eines Vorvertrags zum Rechtsstreit kommt), konnte die Mineralölfirma mit Recht

---

15) Bei der Berechnung eines Schadensersatzanspruches wegen Nichterfüllung muß sich der Gläubiger entgegenhalten lassen, daß er den Abschluß des Hauptvertrags nur erreicht hätte, wenn er die Mindestbedingungen des Gegners angenommen hätte.
Von hier aus wird auch entschieden, ob ein vorvertraglicher Anspruch schon den Steuertatbestand des § 1 I Ziff. 1 GrEStG erfüllen kann. Da trotz der bestehenden Ungewissheit (wenn etwa der Kaufpreis für das Grundstück noch offen ist) beide Partner den Leistungsaustausch erzwingen können, ist der Vertrag steuerpflichtig. Die Steuer ist allerdings nur von dem Mindestkaufpreis zu berechnen, zu dem der Verkäufer in jedem Fall den Abschluß des Hauptvertrages hätte erreichen können.
Die gegenteiligen Ansichten von HENRICH, S. 115 Anm. 67 und ähnlich BORUTTAU-KLEIN, 43 zu § 1 überzeugen nicht. Das Gesetz knüpt die Steuerpflicht an die vertragliche Bindung beider Partner; es frägt nicht, auf welchem Weg der Anspruch verwirklicht wird.

16) Vgl. Verbandsschiedsgericht des deutschen Schrifttums, Ufita 1930, 218 (220).

17) Vgl. oben § 8 Anm. 1.

die Annahme ihres Angebots verlangen[18]. Das Gericht hätte daher richtig das Angebot einer zwanzigjährigen Vertragsdauer als zumutbares Angebot billigen müssen, wie es auch ein Angebot über fünfzehn oder fünfundzwanzig Jahre hätte hinnehmen müssen, das Gericht hätte aber nicht die Vereinbarung einer ganz bestimmten Vertragsdauer aus dem Vorvertrag herauslesen dürfen.

Hätte nun der Grundstückseigentümer das Angebot der Mineralölfirma seinerseits mit einem Gegenangebot auf Abschluß eines Vertrages mit vielleicht fünfzehn Jahren Laufzeit beantwortet, dann hätte die Klage der Mineralölfirma abgewiesen[19] werden müssen: mit seinem zumutbaren Angebot hat der Eigentümer seine Einigungspflicht erfüllt.

Anders wäre es, wenn der Eigentümer nur eine fünfjährige Vertragsdauer vorgeschlagen hätte. Die Annahme dieses Angebots darf der Eigentümer billigerweise nicht erwarten. Es entspricht nicht dem, was nach einem objektiven wirtschaftlichen Maßstab die Mineralölfirma im ungünstigsten Fall als Gegenleistung für ihre Investitionen verlangen kann. Ein solches Angebot muß der Richter als ungeeignete Erfüllungshandlung zurückweisen, so daß dann die Rechtslage anzusehen ist, als ob der Eigentümer überhaupt kein Angebot gemacht hätte. Die praktischen Schwierigkeiten sind dabei für den Richter jedenfalls nicht so groß, wie wenn er selbst die genaue Vertragsdauer feststellen müßte. Wenn der Bundesgerichtshof[20] dem Richter zutraut, aus der Klausel: "die Vertragsdauer wird noch festgelegt" eine ganz bestimmte Vertragsdauer ermitteln zu können, dann kann der Richter erst recht sagen, ob ein Angebot über eine fünfjährige Vertragsdauer noch zumutbar ist.

---

18) So hätten die richtige Lösung in RGZ 124, 81 und die richtige Begründung in BGH, WM 1961, 1053 lauten müssen.

19) Der Bekl. kann sein Angebot - wie jede andere Erfüllungshandlung - auch noch im Laufe des Rechtsstreits bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung abgeben. Mit Abgabe eines zumutbaren Angebots erledigt sich der Rechtsstreit in der Hauptsache.

20) Vgl. dazu insbesondere oben § 8 I 2.

Glaubt aber der Richter, die Frage, ob ein unzumutbares Angebot vorliegt, nicht eindeutig beantworten zu können, so muß er im Zweifel ein Angebot hinnehmen. Die Privatautonomie hat dann Vorrang.

4) Der praktische Wert einer vorvertraglichen Vereinbarung endet, wo der Vorvertrag noch zu viele Fragen offen läßt[21]. Dann besteht die Gefahr, daß der vertragsunwillige Partner mit einem extremen Gegenangebot jeden Vertragsschluß zu sinnvollen Bedingungen verhindert. Hier liegt der richtige Kern jener Entscheidungen, die besonders bei Vorverträgen zu Gesellschaftsverträgen die Bestimmbarkeit dann verneinen, wenn sich die Geschäftspartner nur zum Abschluß eines Gesellschaftsvertrages verpflichtet haben und sie sich die Einigung über die Rechtsform der zu gründenden Gesellschaft vorbehalten haben[22]. Eine allgemeine Entscheidungsregel vermitteln diese Urteile jedoch nicht. Zwar wird die Klage auf Gründung einer AG abgewiesen werden können, wenn von vornherein feststeht, daß die Weite der vorvertraglichen Bindung als Antwort das Angebot zum Abschluß einer OHG zuläßt (und es leere Förmelei wird, wenn dieses Gegenangebot ausdrücklich verlangt würde)[23]. Die Klage hat aber Erfolg, wenn sich der Vorvertragspartner verschweigt, obwohl der Kläger die Wahl jeder Gesellschaftsform anbietet[24].

---

21) Die - teilweise von § 154 BGB geregelte - Frage, wann eine zu große Unbestimmtheit den Schluß auf den fehlenden vertraglichen Verpflichtungswillen zuläßt, ist nicht Thema dieser Arbeit.

22) Vgl. RG, Gruch 56, 917; RGZ 106, 174; OLG München, GmbH Rdsch 1958, 195.

23) Ähnlich Verbandsschiedsgericht des deutschen Schrifttums, Ufita 1930, 218 (Klagabweisung, wenn der Anbietende erklärt, daß er in keinem Fall auf ein Gegenangebot eingehen werde).

24) So in RGZ 106, 174. Die Entscheidung hat nur Bestand, weil der Vorvertrag wegen mangelnder Form nichtig war.

III Die Verpflichtung zur Vertragsabänderung

1) Die Verpflichtung zur Einigung ist nicht auf die eine Erscheinungsform des Vorvertrags beschränkt. Auch in einem Hauptvertrag können die Parteien den Vorbehalt aufnehmen, daß die spätere Fortsetzung des Vertragsverhältnisses von einer Neufestlegung der Vertragsbedingungen abhängig sein soll. Da schon ein Hauptvertrag besteht, kann man hier von einer Verpflichtung zur Vertragsabänderung sprechen.

Ein Beispiel aus der Praxis ist folgende Vereinbarung zwischen einem Verlag und einem Autor, über die das Reichsgericht[25] zu entscheiden hatte. Diese Vereinbarung lautete: "Das Honorar für die Folgeauflagen bestimmt sich nach einer noch zu vereinbarenden höheren Summe."

2) Das Besondere an dieser Revisionsklausel ist, daß hier allein die Parteien unter Einsatz ihrer durch den Erfolg der ersten Auflage geprägten Marktsituation über das neue Honorar entscheiden sollen. Das unterscheidet die Verpflichtung zur Vertragsabänderung von den in der Praxis sehr viel häufigeren Indexklauseln, die bei langfristigen Verträgen eine automatische Anpassung der beiderseitigen Leistungen an die wirtschaftliche Entwicklung, insbesondere an die Geldwertentwicklung ermöglichen.

Solche Indexklauseln sind nach § 3 des Währungsgesetzes genehmigungspflichtig. Im Rahmen dieser Vorschrift hat daher die Unterscheidung zwischen einer genehmigungsfreien Verpflichtung zur Vertragsabänderung und einer reinen Indexklausel große Bedeutung. Dabei wird die Verpflichtung zur Vertragsabänderung auch dann nicht genehmigungspflichtig, wenn sie durch eine bestimmte Indexentwicklung aufschiebend bedingt ist[26].

25) RGZ 60, 174.
26) Der Bundesgerichtshof (zuletzt BGH, LM Nr. 15 zu § 3 WährG = BB 1964, 1452) spricht hier von einem genehmigungsfreiem Leistungsvorbehalt.

3) Für die Verpflichtung zur Vertragsabänderung gelten die oben für den Vorvertrag entwickelten Grundsätze. Beide Parteien müssen entweder durch Abgabe eines Angebots oder durch Annahme des gegnerischen Angebots eine zur Erfüllung der Abänderungsverpflichtung geeignete Leistungshandlung erbringen. Dabei wird man als Regel festhalten können, daß jeder Partner durch das Angebot, den Vertrag zu den bisherigen Bedingungen fortzusetzen, ein zumutbares Angebot macht.

Gefällt dieses Angebot dem Gegner nicht, so mag er auf der Annahme seines von der bisherigen Regelung abweichenden Angebots bestehen. Schwierigkeiten bereitet dabei die Frage, wie weit der revisionswillige Partner mit seinem Verlangen von der bisherigen Regelung abweichen darf. Hier gilt sicher das, was das Reichsgericht in der oben mitgeteilten Entscheidung (RGZ 60, 174) ausgeführt hat: "Ausgeschlossen erscheint, daß der Autor die Einigung über das Honorar für die folgenden Auflagen einfach ablehnen oder durch Stellung einer exorbitanten Forderung unmöglich machen durfte." Auf der anderen Seite muß aber immer beachtet werden, daß die Parteien keine automatische, keine angemessene[27] oder sonst aus der bisherigen Regelung unmittelbar ableitbare[28] Abänderung vereinbart haben, und daß sie damit ihre Privatautonomie bei der Festlegung der neuen Regelung nicht völlig ausgeschlossen haben. Deshalb ist der revisionswillige Partner durch die bisherige Regelung im allgemeinen nicht beschränkt.

4) Kommt eine Einigung nicht zustande, dann gehen die Parteien mit der Beendigung der bisherigen Regelung auseinander. Denn keine Partei kann einseitig die Einigung und

---

27) So aber RGZ 60, 174 für den Fall, daß sich die Parteien nicht einigen können.

28) So aber FLUME, 34, 6 f, der eine Abänderungsverpflichtung nur für verbindlich hält, wenn aus dem alten Vertrag die neue Regelung bestimmbar ist.

damit die Fortsetzung des Vertrages zu den ursprünglichen oder zu neuen Bedingungen erzwingen. Für die erwähnte Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 60, 174) bedeutet das, daß das Vertragsverhältnis nach der ersten Auflage endet, wenn der Verleger die Folgeauflagen nur zu den bisherigen Bedingungen verlegen will und der Autor auf einem zumutbaren höheren Angebot besteht.

In der Praxis wird freilich dieser Fall eine seltene Ausnahme bleiben. Das Gesetz des Marktes verhindert, daß der Autor ein Honorar fordert, das nicht mehr dem Wert seiner Leistung entspricht. Und der Verleger wird auf eine höhere Honorarforderung für die Folgeauflagen eingehen, solange er auch zu diesen neuen Bedingungen ein Geschäft machen kann.

Besondere Probleme ergeben sich nur dann, wenn der revisionsunwillige Partner bei einer Beendigung des Vertrages Schaden erleiden würde. Dann ist er bei seiner Entscheidung, ob er dem Abänderungsverlangen zustimmen soll, nicht mehr frei. Diese Situation kann etwa eintreten, wenn ein Mieter besondere Investitionen im Hinblick auf eine lange Vertragsdauer gemacht hat. Hier funktioniert der Marktmechanismus nicht mehr, weil der Mieter einer überhöhten Forderung des Vermieters nicht mit der Beendigung des Vertrages begegnen kann. Ein gerechter Interessenausgleich wird in diesem Fall nur dann erreicht, wenn die Frage, ob die Annahme des Abänderungsverlangen dem Mieter zugemutet werden kann, unter einem ganz strengen Maßstab geprüft wird. Vorbild ist dann § 315 BGB, denn materiell handelt es sich bei dem Verlangen des Vermieters um einseitige Inhaltsbestimmung.

5) Ähnlich ist die Interessenlage, wenn die Parteien die Inflationsklausel "Preise freibleibend" vereinbaren[29]. Damit kann ein einseitiges Erhöhungsrecht des Lieferanten

---

29) Vgl. dazu RGZ 103, 414; RG, Warn 1922 Nr. 61; BGHZ 1, 353; RGRK (WILDE), 1 zu § 315 BGB; FLUME, 35 I 3c mit Anm. 25.

nach § 315 BGB vereinbart sein. Es kann aber auch (Auslegungsfrage)[30] nur eine Verpflichtung zur Vertragsabänderung vereinbart sein. Dann ist der Lieferant bei seiner Forderung nicht durch billiges Ermessen beschränkt. Der Käufer erfüllt aber im allgemeinen seine Abänderungspflicht, wenn er auf die bisherige Regelung verweist; er braucht dann die Kaufsache nicht abzunehmen, wenn der Verkäufer nicht zu dem ursprünglichen Preis liefern will[31].

---

30) Im Zweifel ist eine Abänderungsverpflichtung nur anzunehmen, wenn die Parteien in völliger Freiheit den neuen Preis aushandeln können. Hat der Käufer diese Freiheit nicht (im Falle eines ausgesprochenen Verkäufermarkts), dann muß er über § 315 BGB geschützt werden.

31) Richtig BGHZ 1, 353.

3. KAPITEL

DIE RECHTSSTELLUNG DER PARTEIEN

§ 10 Schutz des Berechtigten

I Schadensersatz

1) Während der oft langen Zeit der Optionsbindung kommt es vor, daß der gebundene Partner das Optionsrecht vorsätzlich oder fahrlässig verletzt: das gebundene Grundstück wird belastet oder langfristig vermietet; das gebundene Verlagswerk wird einem dritten Verleger zur Veröffentlichung überlassen; die gebundene bewegliche Sache wird beschädigt oder verbraucht.

2) Daß die Verletzung des Optionsrechts zumindest dann einen Schadensersatzanspruch auslöst, wenn die Schadenshandlung von dem gebundenen Partner ausgegangen ist, ergibt sich notwendig daraus, daß in dem Optionsrecht ein subjektives Recht verletzt wird. Es gehört ja geradezu zu dem wesentlichen Inhalt eines subjektiven Rechts, daß es eine einmal geschaffene Rechtsposition durch Schadensersatzsanktionen garantiert.

Fraglich ist nur, wie diese selbstverständliche Folge begründet werden kann. Das Reichsgericht[1] hat bei schuldhafter Verletzung des Optionsrechts den Schadensersatzanspruch mit dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung begründet; HENRICH[2] dagegen begründet einen Schadensersatzanspruch aus Haftung für culpa in contrahendo.

---

1) Vgl. RGZ 104, 275 (278) (positive Vertragsverletzung durch unberechtigte Lossagung von einem Kaufangebot). Vgl. auch TIKTIN, S. 23.

2) Vgl. S. 271 f.

Beide Begründungen gehen im Grundsatz davon aus, daß "der Optionsgeber sich bereit und fähig erhalten muß, das zu leisten, was nach dem angebotenen Vertrage zu leisten ist" (HENRICH, S. 271).

Offen bleiben bei dieser Begründung Rechtsgrund und Rechtsnatur dieser Bereitschaftspflicht. Schon oben § 6 II 2 wurde gezeigt, daß es sich bei der Pflicht, die optionsgebundene Sache nicht zu verletzen, nicht um eine schuldrechtliche Leistungspflicht handelt. Vielmehr ist diese Pflicht allein Folge der allgemeinen Rechtspflicht, wonach ein fremdes subjektives Recht nicht verletzt werden darf. Sie unterscheidet sich in nichts von der allgemeinen Rechtspflicht, absolute Rechtspositionen anderer - etwa fremdes Eigentum - nicht zu verletzen.

3) Bei einem Gestaltungsrecht muß allerdings berücksichtigt werden, daß dieses Recht "nur" ein relatives Recht ist. Das Gestaltungsrecht richtet sich auf seiner "Passivseite" gegen die jeweils gebundene Person[3]. Nur zwischen zwei Rechtssubjekten[4] wird eine neue rechtliche Ordnungssphäre geschaffen. Dritte Personen werden von der Pflicht, ein Gestaltungsrecht nicht zu verletzen, überhaupt nicht angesprochen und sie können daher diese Pflicht auch nicht verletzen[5].

Diese Einengung des von dem subjektiven Recht angesprochenen Personenkreises wirkt sich aber auf den Inhalt der Pflicht nicht aus. Es besteht lediglich der quantitative Unterschied, daß durch absolute Rechte jedermann eingeengt wird, durch ein relatives Recht aber lediglich ein bestimmtes Rechtssubjekt.

---

3) Wie bei einem Schuldverhältnis ist die Bindung und Berechtigung mehrerer möglich. Vgl. dazu auch die §§ 502, 513 BGB.

4) Deshalb können die Parteien selbst neue Gestaltungsrechte begründen; ein numerus clausus besteht nicht. Anders NAUMANN, S. 19; FLUME, 11, 3.

5) Vgl. dazu auch LARENZ II, 66 I a.

4) In § 823 I BGB ist der Grundsatz, daß die schuldhafte Verletzung eines subjektiven Rechts Schadensersatzansprüche begründet, allgemein für alle absoluten Rechte zum Ausdruck gekommen. Nach herkömmlicher Auffassung sind relative Rechte von der Regelung des § 823 I BGB ausgenommen[6]. Die Rechtsfolgen der schuldhaft (vorwerfbaren) Verletzung des Forderungsrechts sollen im allgemeinen Teil des Schuldrechts geregelt sein.

Im allgemeinen Teil des Schuldrechts findet sich aber nicht eine einzige Bestimmung, die von der schuldhaften Verletzung eines Forderungsrechts handelt. Auch die §§ 325 und 326 BGB, auf die heute im allgemeinen die Rechtsfigur der positiven Vertragsverletzung gestützt wird, regeln nicht die Rechtsfolgen schuldhaft vorwerfbaren Handelns. Das zeigt sich etwa zwingend daran, daß insoweit der Schuldner durch Rechtfertigungs- und Schuldausschließungsgründe nicht entlastet wird[7].

5) Angesichts dieser begrenzten Aussage der §§ 325, 326 BGB scheint es daher richtiger, in dem Gestaltungsrecht ein "sonstiges Recht" i.S. des § 823 I BGB zu sehen und die Rechtsfolgen der schuldhaften Verletzung des Gestaltungsrechts aus dieser Vorschrift zu entnehmen als im Wege doppelter Analogie das Gestaltungsrecht dem Forderungsrecht und die zu "vertretende" Nichterfüllung der vorwerfbaren Rechtsverletzung gleichzusetzen. Daß durch dieses "sonstige Recht" nur eine bestimmte Person angesprochen wird und daß nur diese das Gestaltungsrecht verletzen kann, wurde schon oben 3 gezeigt. Es besteht also nicht die Gefahr, daß durch die hier vorgeschlagene Interpretation des § 823 I BGB Dritte für die Verletzung eines relativen Rechts haftbar gemacht werden.

---

6) Vgl. statt aller LARENZ II, 66 I a und ESSER, 202, 1b, cc.

7) Man kann daher auch im Vertragsrecht von Erfolgsunrecht (§§ 325, 326 BGB) und Handlungsunrecht (positive Forderungsverletzung) sprechen. Vgl. dazu ESSER, Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 1963, 489.

6) Der Schadensersatzanspruch entsteht mit der Verletzung des Gestaltungsrechts. Bei einer Option ist es daher nicht notwendig, daß der Berechtigte noch eine zusätzliche Ausübungserklärung abgibt[8].

Bei der Schadensberechnung muß sich der Optionsinhaber allerdings anrechnen lassen, was er durch Nichtausübung der Option erspart. Beispiel: V hat K eine Option zum Kauf von Gesellschaftsanteilen eingeräumt (Anteilswert: 50 000,- DM, Kaufpreis: 40 000,- DM). Tritt V seine Anteile an Z ab, so ist mit der Abtretung das Optionsrecht entwertet und auch der Schaden ist schon in diesem Zeitpunkt eingetreten; K kann sofort - ohne zusätzliche Ausübung der Option - Schadensersatz in Höhe von 10 000,- DM verlangen[9].

---

8) Dabei ist dem Gebundenen insbesondere der Einwand verwehrt, daß die Option auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten nicht ausgeübt worden wäre (wie könnte auch - gerade bei einer Option - das eine oder das andere bewiesen werden?). Richtig dazu RGZ 94, 285 (287) beim Kauf auf Probe. Das Gericht hat mit Recht den Einwand des schadensersatzpflichtigen Verkäufers nicht gehört, daß auch bei rechtmäßigem Verhalten die Billigung nicht erfolgt wäre. Das hier anstehende Problem der "Berufung auf ein rechtmäßiges Alternativverhalten" wird ausführlich behandelt bei v.CAEMMERER, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadensersatzrecht, S. 30 ff. Vgl. aber auch HENRICH, S. 367, der den Einwand gestattet, daß von dem Vorrecht kein Gebrauch gemacht worden wäre.

9) Vgl. als praktisches Beispiel OLG München, OLG 17, 388.

II Zugriff auf das Surrogat

1) Verletzt ein Dritter die optierte Sache, so erhält der Optionsberechtigte keinen Schadensersatzanspruch, weil Dritte von der Pflicht, das Optionsrecht zu achten, nicht angesprochen werden. Dritter ist hier auch der "Erfüllungsgehilfe"[10], denn § 278 BGB ist in exakter Anwendung auf die Verletzung von Leistungspflichten - nur diese werden erfüllt - beschränkt; § 278 BGB wirkt nicht mehr bei der allgemeinen Pflicht, ein fremdes subjektives Recht nicht zu verletzen.

2) § 281 BGB kennt in dem vergleichbaren Fall der Verletzung eines Forderungsrechtes die Beteiligung des Gläubigers an dem Surrogat der ursprünglich geschuldeten Leistung. Die ausdehnende Anwendung dieser Vorschrift auf die Option liegt daher nahe[11].

Die Anwendung des § 281 BGB ließe sich aber nur dann rechtfertigen, wenn in dieser Vorschrift ein allgemeiner Surrogationsgrundsatz Ausdruck gefunden hätte. Die heute überwiegende Ansicht nimmt aber mit guten Gründen an, daß § 281 BGB nur eine Aussage über den Umfang des Forderungsrechtes macht: die Leistungspflicht des Schuldners umgreift auch das Surrogat der ursprünglich geschuldeten Sache[12]. Während so die Forderung dem Berechtigten eine bestimmte Leistung zuordnet und in dieser Zuordnung auch die Surrogate ergreift, gewährt der Inhalt des Optionsrechtes nur die Macht zu einseitiger Rechtsgestaltung ohne jede Zuordnungswirkung.

---

10) Anders BLOMEYER, Bedingungslehre, S. 76, der seinen Ausgangspunkt (Offerte als bedingtes Versprechen) damit folgerichtig fortführt und HENRICH, S. 271.

11) Die Frage wird bisher nur bei der Offerte behandelt. Vgl. v.TUHR II 1, S. 488 (verneinend); BLOMEYER, Bedingungslehre, S. 76 und FLUME, 35 I 3e (bejahend).

12) Vgl. die ausführliche Entscheidung BGHZ 25, 1 (9).

Wollte man annehmen, daß die Option nicht nur eine ganz bestimmte Sache bindet[13], sondern sich auch auf die Surrogate erstreckt, so wird der Grundgedanke des § 281 BGB verlassen (Bestimmung des Umfangs der Vermögenszuordnung).

Nur die Vereinbarung eines Forderungsrechtes schafft ein die Vermögensverschiebung einleitendes Spannungsverhältnis, das sich in den Surrogaten der Primärleistung fortsetzt, um damit das gesamte Risiko der dem Partner zugeordneten Leistung auf diesen zu verschieben. Würde dagegen § 281 BGB zugunsten des Optionsinhabers angewendet, so fände dieser in der Option ein Mittel, um ohne eigenes Risiko nur noch einen Gewinn zu liquidieren (wenn die Ersatzforderung die Gegenleistung übersteigt). Denn der Optionsberechtigte braucht sich (anders als der Gläubiger eines Forderungsrechtes) nicht auf die von der Optionsausübung abhängige Vermögensverschiebung wirtschaftlich einzurichten und er erhält damit das Surrogat nach § 281 BGB nicht mehr als Surrogat einer sonst mit Sicherheit geschuldeten Primärleistung, sondern unmittelbar als Primärleistung selbst, weil er es nämlich von der Höhe des Surrogates abhängig machen wird, ob es überhaupt zum Leistungsaustausch kommen wird.

---

13) Vgl. dazu für das Wiederkaufsrecht RGRK (KUHN), 17 zu § 497 BGB.

§ 11 Der Schutz des Gebundenen

I Schutz beim pactum de emendo

1) In jeder relativen Rechtsbeziehung stellt sich auch die Frage, wie der schwächere Partner bei Störungen der gegenseitigen Beziehungen, die der berechtigte Teil verursacht hat, geschützt werden kann; wie also der Schuldner vor dem Gläubiger und der Optionsgebundene vor dem Optionsinhaber geschützt wird. Im Schuldrecht wird dieses Problem im Rahmen der allgemeinen und der für den konkreten Vertragstyp geltenden Gefahrtragungsregeln gelöst. So braucht etwa der Verkäufer nicht mehr zu leisten, wenn die Leistung (nach Aussonderung) durch Verschulden des Käufers untergegangen ist. Der Verkäufer behält in diesem Fall sogar den Anspruch auf die Gegenleistung.

2) Bei der Option tritt das Problem des Schutzes des gebundenen Partners bei folgenden beiden Fallgestaltungen auf. Einmal ist denkbar, daß bei einer Erwerbsoption (pactum de emendo), bei der also der gebundene Partner dem Optionsberechtigten eine Sache abnehmen muß, die Optionssache noch vor Optionsausübung durch den Berechtigten selbst verschlechtert wird. Zu der anderen Gruppe gehören die Fälle, in denen der künftige optionsberechtigte Erwerber die noch seinem Gegner gehörende Sache beschädigt.

Beispiel für die erste Fallgruppe (pactum de emendo) ist folgender Sachverhalt, über den (in leicht veränderter Form) das Reichsgericht (in RGZ 82, 350) zu entscheiden hatte: Der Kl. war Geschäftsführer einer GmbH. Mit Abschluß des Geschäftsführervertrags hatte er auch eine Anzahl Gesellschaftsanteile der GmbH übernommen. Diese Übernahme erfolgte aber unter folgendem Vorbehalt, den der Kl. mit dem Hauptgesellschafter - dem Bekl. - vereinbarte: "Die von dem Kl. übernommenen Gesellschaftsanteile werden von dem Bekl. zum Nennwert zurück-

genommen ... für den Fall, daß der Kl. den Anstellungsvertrag mit der Gesellschaft nicht erneuern sollte".

Nach einiger Zeit kündigte der Kl. den Anstellungsvertrag; wenig später ging die GmbH in Konkurs. Jetzt übte der Kl. sein Optionsrecht aus und verlangte Abnahme der inzwischen wertlosen Gesellschaftsanteile.

3) Im Regelfall muß der Bekl. die wertlosen Gesellschaftsanteile abnehmen und bezahlen. Hier realisiert sich das eigentümliche Risiko einer Optionsvereinbarung, bei der der gebundene Partner allein die Gefahr einer ungünstigen Veränderung der Verhältnisse trägt[1]. Anders ist es nun, wenn der Kl. selbst in entscheidender Weise für den Konkurs der Gesellschaft mit verantwortlich ist. Dann wäre es offenbar unbillig, wenn er auch jetzt das Risiko der Entwertung der Gesellschaftsanteile von sich abwälzen könnte. Erwünscht wäre, daß der Kl. Schadensersatz zu leisten hat oder daß er die entwerteten Anteile behalten muß.

Zur Begründung dieses erwünschten Ergebnisses kann nicht auf die entsprechende Regelung im Vertragsrecht verwiesen werden. Insbesondere § 323 BGB führt bei der Anwendung auf die Option nicht zu sachgerechten Ergebnissen: der optionsberechtigte Veräußerer (hier der Kl.) könnte keine Gegenleistung mehr verlangen, wenn die Optionssache (hier die Gesellschaftsanteile) untergegangen ist.

Auch Schadensersatzansprüche des gebundenen Partners lassen sich nicht begründen. Denn der Optionsberechtigte ist nicht verpflichtet, die ihm gehörende Sache nicht zu beschädigen: der Rechtsinhaber hat keine "Pflichten gegen sich selbst".

---

1) Dieses Risiko läßt sich im allgemeinen auch unter dem Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage nicht korrigieren. Unklar HENRICH, S. 270 f., dessen Ausführungen nur für den Fall der vertraglichen Einräumung eines Angebots - vgl. dazu oben § 5 II 1 - gefolgt werden kann.
Richtig BGH (10.7.1967 - II ZR 71/67) veröffentlicht in BB 1967, 977.

Der Ausschluß von Schadensersatzsanktionen kann aber nicht dazu führen, daß der Optionsberechtigte seinen eigenen Rechtskreis vernachlässigen darf und etwa die ihm gehörende Optionssache beschädigen kann, um dann - ohne Nachteile - die Folgen dieser Vernachlässigung auf seinen Optionspartner überzuwälzen. Hier steht der allgemeine Gedanke entgegen, daß die Vernachlässigung eigener Rechtsgüter Dritte nicht belasten darf.

4) In § 351 BGB hat der Gesetzgeber diesen Grundsatz gerade für den speziellen Fall der Ausübung eines Gestaltungsrechts ausdrücklich formuliert. Es steht nichts entgegen, diese Regelung analog auch auf die Option anzuwenden[2]. Denn das isolierte Optionsrecht unterscheidet sich von dem rechtlichen Gehalt des Rücktrittsrechts letztlich nicht. Nur tritt diese Gleichwertigkeit nicht in Erscheinung, weil beim Rücktrittsrecht alle zusätzlichen Rechtswirkungen in das bestehende Schuldverhältnis einbezogen werden[3].

Die Anwendung des § 351 BGB bedeutet, daß der Berechtigte schon das Optionsrecht nicht ausüben kann, wenn er den Untergang der Optionssache im Sinne des § 351 BGB vertreten muß. Da mit § 351 BGB auch § 350 BGB auf das Optionsrecht anwendbar ist, wird unsere obige Aussage nochmals bestätigt: der Berechtigte kann bei zufälligem Untergang der Optionssache sein Recht ausüben und die Gegenleistung verlangen[4].

---

2) Entdeckt wurde diese Reichweite der §§ 350 ff. BGB von RAAPE, S. 44. BLOMEYER, Festschrift für Raape, S. 301 hat den Gedanken aufgenommen und ihn auf das wollensbedingte Geschäft übertragen.

3) § 350 BGB zeigt aber, daß dieser Einbeziehung Grenzen gesetzt sind. Zwischen Partnern eines Gestaltungsrechts gelten andere Gefahrtragungsregeln als zwischen den Partnern eines gegenseitigen Vertrags.

4) Anders HACHENBURG-SCHILLING, 12 zu § 15 GmbHG, Anh. II.

II Schutz beim pactum de vendendo

1) Auch bei Veräußerungsoptionen (pactum de vendendo) gibt es Abwicklungsstörungen, die von dem berechtigten Partner ausgehen. Beschädigt der Optionsberechtigte die dem gebundenen Partner gehörende Optionssache, so macht er sich wie jeder Dritte schadenersatzpflichtig. In diesem Fall wird es sicher auch nicht mehr zur Ausübung des Optionsrechts kommen.

In der Praxis steht daher auch nicht die Sanktion bereits erfolgter Rechtsverletzungen im Vordergrund, sondern das Problem, wie weitere Störungen durch den erwerbsberechtigten Partner verhindert werden können. Streitigkeiten ergeben sich vor allem im Gesellschaftsrecht, wenn etwa der zum Eintritt in eine Gesellschaft Berechtigte[5)] gegen die Interessen der Gesellschaft verstößt oder wenn sich der übernahmeberechtigte Gesellschafter[5a)] gesellschaftswidrig verhält.

2) Für die sachrichtige Lösung ist davon auszugehen, daß die Gebote des § 242 BGB auch die relative Rechtsbeziehung zwischen den Optionspartnern ausgestalten und daß bei einer Störung des notwendigen Vertrauens (vor allem im Gesellschaftsrecht) wie bei jedem Dauerrechtsverhältnis der Optionsvertrag aus wichtigem Grund durch einseitige Erklärung beendet werden kann. Das Reichsgericht (in Recht 1924 Nr. 661) hat demgegenüber versucht, den optionsgebundenen Mitgesellschafter mit der Übernahmeklage nach § 142 HGB zu schützen. Diese immer gegebene Lösung hat den Nachteil, daß der Optionsberechtigte noch bis zum Zeitpunkt des Gestaltungsurteils sein Optionsrecht ausüben kann[6)]. Durch die Optionsausübung verliert dann der optionsgebundene Übernahmekläger seine Gesellschafterstellung und damit die Aktivlegitimation für den Übernahmeprozess (sofern die Geschäfts-

5) Vgl. BAG, AP Nr. 49 zu § 626 BGB.

5a) Vgl. RG, Recht 1924 Nr. 611 = JW 1926, 2897; RG, DR 1944, 187.

6) Vgl. aber RG, DR 1944, 187, wo in einem solchen Fall die Unzulässigkeit der Optionsausübung mit dem Parteiwillen begründet wurde.

partner - wie üblich - eine Verfügungsoption vereinbart haben). Diese für den optionsgebundenen Gesellschafter unbefriedigende Situation kann nur bei einer Beendigung des Optionsvertrages selbst vermieden werden. Denn der Optionsvertrag wird - bei Vorliegen eines wichtigen Grundes - ex nunc durch einseitige Erklärung beendet. Kommt es anschließend über die Frage des Vorliegens eines wichtigen Grundes zum Rechtsstreit, dann muß unterschieden werden: soweit die Frage eines wichtigen Grundes zur Beendigung des Optionsvertrages im Streit ist, kontrolliert der Richter die private Rechtsgestaltung. Soweit aber im Rahmen einer sich üblicherweise anschließenden Übernahmeklage des früher optionsgebundenen Partners, das Vorliegen auch eines Übernahmegrundes[7] umstritten ist, entscheidet der Richter mit rechtsgestaltender Wirkung.

3) In Einzelfällen kann schließlich, auch ohne daß ein wichtiger Grund für die Beendigung des Optionsvertrags vorliegt, die Optionsausübung aus situationsbedingten Gründen rechtsmißbräuchlich sein. Ein anschaulicher Sachverhalt dafür findet sich in BGHZ 34,80. Dort wollte der Optionsberechtigte sein Recht zur Übernahme des Gesellschaftsanteils eines Kommanditisten (seiner Ehefrau) in Verfolgung zweckfremder familiärer Motive ausüben. Der Bundesgerichtshof hat das Übernahmeverlangen als rechtsmißbräuchlich bezeichnet, "weil es einen klaren Übergriff in den räumlich-gegenständlichen Lebensbereich der Ehefrau darstelle". In Wahrheit kommt es für die Entscheidung aber nicht, wie die Argumentation des Bundesgerichtshofs glauben macht, darauf an, ob und welchen äußeren gegenständlichen Lebensbereich der Ehegatten man anerkennt. Entscheidend ist allein, ob die Gründe wegen der der Optionsberechtigte die Übernahme des seiner Ehefrau gehörenden Kommanditistenanteils verlangte, vor § 242 BGB bestehen konnten[8].

---

7) Ein wichtiger Grund zur Beendigung des Optionsvertrages braucht noch kein Übernahmegrund zu sein. Umgekehrt rechtfertigt ein Übernahmegrund immer die Beendigung des Optionsvertrages.

8) Vgl. auch RGZ 92, 163 (167).

§ 12 Übertragung der Option

I Inhalt des Optionsrechts

1) Durch Übertragung des Optionsrechts erhält ein Dritter das Recht, ein Vertragsverhältnis mit dem Optionsgebundenen zu begründen. Dem Optionsgebundenen wird damit möglicherweise ein ganz unerwünschter Vertragspartner aufgedrängt, gegen den er dann seine Gegenansprüche geltend machen muß. Vor einem solchen "Schuldnerwechsel" muß der gebundene Partner geschützt werden. Seine Schutzbedürftigkeit ergibt sich aus der im Bürgerlichen Gesetzbuch zum Ausdruck gekommenen Bewertung der Schuldnerqualität, die nicht gegen den Willen des Vertragspartners verschlechtert werden darf.

2) Diese Frage, wie der Optionsgebundene gegen einen Wechsel auf Seiten des Optionsberechtigten geschützt werden kann, stellt sich in gleicher Weise, wenn die Parteien erst eine Offerte abgegeben haben. Auch dort ist streitig, ob zum Schutz der Offerenten nur der Erst-Offertempfänger die Offerte annehmen kann oder auch ein Dritter.

Bei der Offerte hat die Rechtsprechung die Frage nach der Abtretbarkeit der Annahmebefugnis davon abhängig gemacht, ob in dieser Befugnis ein Recht[1] oder nur eine Rechtslage[2] zu sehen ist. In der neueren Literatur wurde diese begriffsjuristische Unterscheidung aufgegeben und es wird richtig gefragt, ob dem Offerenten (wenn der Abschluß eines gegenseitigen Vertrages offeriert wurde) ein neuer Schuldner zugemutet werden kann[3].

---

1) Ein nach § 413 BGB übertragbares Recht wird von RGZ 111, 46 angenommen. Vgl. weiter RGZ 132, 6.

2) Vgl. RG, Gruch 53, 833; JW 1911, 752 (Nr. 7). Zustimmend PFEIFFER, LZ 1912, 374 (377).

3) Vgl. zuletzt LARENZ, DB 1955, 209; LORENZ, S. 131 und ausführlich HENRICH, S. 281.

Doch auch diese neuere Fragestellung ist verfehlt. Die Annahmebefugnis kann und braucht nicht abgetreten zu werden: wird in den Inhalt einer Offerte eine bestimmte Person als Vertragspartner aufgenommen, so kann ein Dritter durch Annahme dieses Angebots keinen Vertrag schließen[4]. Die Parteien haben sich nicht geeinigt. Geht aber aus der Offerte hervor, daß es dem Offerenten auf die Person des Partners nicht ankommt, so führt auch ohne "Abtretung" die Annahmeerklärung jedes Dritten zur Begegnung von Angebot und Annahme und damit zur vertraglichen Einigung.

3) In gleicher Weise ist auch bei der Option die Frage der Übertragbarkeit vom Inhalt des Optionsrechts abhängig[5]. Im Unterschied zur Offerte müssen sich hier allerdings beide Geschäftspartner über den Rechtsinhalt einigen und die Veränderung der durch das Optionsrecht geschaffene Rechtszuständigkeit ist nur durch Rechtsübertragung möglich.

In der Praxis entspricht der völlige Ausschluß der Übertragbarkeit dem üblichen Inhalt des Optionsrechts[6]; denkbar ist aber die Vereinbarung der Übertragbarkeit unter Mithaftung des ersten Optionsinhabers[7] und auch beliebige Übertragbarkeit[8]. Welchen Inhalt die Parteien dem zwischen ihnen vereinbarten subjektiven Recht geben, ist einer begrifflichen, aus der Natur des Gestaltungsrechts deduzierten Lösung nicht zugänglich und alle Überlegungen, ob regelmäßig von der Übertragbarkeit des Optionsrechts auszugehen ist (so daß die Unübertragbarkeit im Einzelfall

---

4) Insoweit richtig PFEIFFER, LZ 1912, 374 (377).

5) Vorbild ist § 399 BGB als Beispiel für die Inhaltsformung des Forderungsrechtes; richtig RGZ 92, 163 (168). Nur darf das bei der Forderung berechtigte Regel-Ausnahmedenken nicht mit übernommen werden.

6) Beispiele: KG, JW 1926, 2099; Ufita 23 (1957), 235.

7) Beispiele: KG, KGJ 36 B Nr. 22; RG, Gruch 47, 682; JW 1916, 391.

8) Hauptbeispiel ist die sog. Parzellierungsoption; vgl. etwa RG, Gruch 53, 833; JW 1914, 350 (Nr. 3); RGZ 46, 234; 140, 336.
Ein Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht: RGZ 92, 163.

vereinbart werden müßte) oder ob das Optionsrecht grundsätzlich unübertragbar ist[9] gehen daher in eine falsche Richtung. Richtig ist allerdings, daß der Optionsgeber eine Rechtsübertragung nicht liebt, so daß bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung die Auslegung richtig sein wird, die annimmt, daß die Geschäftspartner ein nicht übertragbares Recht vereinbart haben.

9) Zum Streitstand siehe bei HENRICH, S. 279 f. und in den Kommentaren bei § 145 BGB.

II Option und unwiderrufliche Vollmacht

1) Übertragbare Optionen wurden in der Praxis erstmals zur Durchführung der um die Jahrhundertwende üblichen spekulativen Güterparzellierung in größerem Umfang vereinbart[10]. Die Optionsform hatte dabei für die die Parzellierung organisierenden Zwischenpersonen, die sog. "Güterschlächter", besondere steuerliche Vorteile. Während bei Vereinbarung eines bedingten oder unbedingten Kaufvertrags zwischen Eigentümer und Zwischenperson, sowohl dieses Geschäft als auch das Übertragungsgeschäft von der Zwischenperson auf den endgültigen Erwerber besteuert wurde, war es - vor Geltung des § 1 Ziff. 6,7 GrEStG - bei Vereinbarung einer übertragbaren Option möglich, die Besteuerung auf das Geschäft zwischen dem Eigentümer und dem endgültigen Erwerber zu beschränken[11].

2) Aus diesem Grunde hat der Gesetzgeber heute in § 1 I Ziff. 6,7 GrEStG ausdrücklich klargestellt, daß zwar noch nicht die Vereinbarung eines Optionsrechts, wohl aber die Übertragung eines solchen Rechts als Umsatzgeschäft der Grunderwerbssteuer unterliegt. Doch diese gesetzliche Regelung hat nicht verhindern können, daß in der Geschäftspraxis immer wieder Vereinbarungen formuliert werden, die einerseits der in das Geschäft eingeschalteten Zwischenperson eine unentziehbare Rechtsposition geben sollen und dennoch das Zwischengeschäft von einer Besteuerung freihalten. Hauptbeispiel ist dafür die sog. Drittbenennungsklausel. Diese Klausel wird mit leichten Abweichungen im allgemeinen so formuliert: "Der Eigentümer verpflichtet sich, sein Grundstück an die ihm von der Zwischenperson zugewiesene dritte Person aufzulassen."

---

10) Typisch ist der Sachverhalt ir RG, Gruch 47, 682.

11) Mit Erfolg: KG, KGJ 17 Nr. 69 (S. 277); RG, Gruch 47, 682. Ohne Erfolg: KG, KGJ 36 B 56 Nr. 22 A; B 62 Nr. 22 B; RGZ 46, 234.

3) Die rechtliche Deutung dieser in Umgehungsabsicht formulierten Klausel ist umstritten[12]. Nach dem Willen der Parteien soll durch die Drittbenennungsklausel die Zwischenperson kein Optionsrecht erlangen.

Das Finanzgericht Düsseldorf (in DNotZ 1953, 612) hat deshalb in der Drittbenennungsklausel eine Optionseinräumung zugunsten eines Dritten gesehen. Eine solche Konstruktion ist zwar in entsprechender Anwendung der Regeln über den Vertrag zugunsten Dritter möglich. Voraussetzung ist allerdings, daß die Identität des Dritten bei Abschluß der Vereinbarung feststeht. Bei Parzellierungsgeschäften unter Einschaltung einer Zwischenperson müssen aber die Grundstückserwerber in aller Regel erst von der Zwischenperson - regelmäßig einem Makler - gesucht werden. In diesem Fall ist es rechtlich nicht möglich, zugunsten der künftigen Erwerber ein Optionsrecht, für das zunächst der Rechtsträger fehlen würde, zu begründen.

4) Weil also mit der Optionsform der erwünschte steuerliche Erfolg nicht herbeigeführt werden kann, wird die Drittbenennungsklausel vielfach als unwiderrufliche Bevollmächtigung der Zwischenperson konstruiert. Diese Vollmachtskonstruktion hat gegenüber der Option auch die Besonderheit, daß eine Bevollmächtigung jedenfalls nicht unmittelbar vom Wirkungsbereich des § 313 BGB erfaßt wird. Insbesondere bei Parzellierungsgeschäften wurden deshalb in früherer Zeit Optionsvereinbarungen in weitem Umfang durch unwiderrufliche

---

12) Vgl. RFH 9, 19; RFH, StuW 1923 Nr. 412; 1928 Nr. 87; 1930 Nr. 1398; PrOVG, StuW 1926 Nr. 626 (steuerpflichtige Optionsabtretung).
RFH, StuW 1928 Nr. 274 (steuerfreie Passivvertretung).
FG Düsseldorf, DNotZ 1953, 612 (steuerfreies Angebot zugunsten eines Dritten).
Die Rechtsprechung der Zivilgerichte deutet die Drittbenennungsklausel in der Regel als abtretbare Option; so RG, Gruch 47, 682; JW 1914, 350 (Nr. 3); RGZ 46, 234.
Anders RG, Gruch 53, 833 (nicht abtretbare Offerte); RGZ 140, 335 (Passivvertretung).

Vollmachten verdrängt[13].

5) Für die Formvorschrift des § 313 BGB ist allerdings längst entschieden, daß eine unwiderrufliche Vollmacht formbedürftig ist. Diese richtige Anwendung des § 313 BGB ist aber nicht wie es die h.L. versucht[14] durch eine Gleichbewertung von unwiderruflicher Vollmacht und der schuldrechtlichen Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung zu begründen. Die unwiderrufliche Vollmacht begründet keine Pflichten[15] des Vollmachtgebers. Vielmehr müssen unwiderrufliche Vollmacht und die Vereinbarung einer den Grundstückseigentümer bindenden Option, die ja nach § 313 BGB formbedürftig ist[16], nebeneinandergestellt werden. Unwiderrufliche Vollmacht und Option sind in ihrem wirtschaftlichen Gehalt nahezu gleichwertig[17]. In beiden Fällen hat der Berechtigte die unentziehbare Macht, einseitig - auch gegen den Willen des Grundstückseigentümers - einen Grundstückskaufvertrag zu begründen. Unerheblich ist demgegenüber die Besonderheit, daß der unwiderruflich bevollmächtigte Vertreter - der Konstruktion nach - durch Angebot

---

13) Beispiele: OLG Königsberg, OLG 2, 463; KG, OLG 23, 24; OLG Marienwerder, SeuffA 57 Nr.57; OLG Stettin, SeuffA 68 Nr. 144; RGZ 50, 163 (besonders anschaulich); 108, 125.

14) Vgl. RGZ 108, 125: "Die Bevollmächtigung zur Veräußerung eines Grundstücks ist grundsätzlich formfrei. Nur in besonderen Fällen, in denen sich die Vollmacht als das äußere Gewand darstellt, in das die Verpflichtung, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen eingekleidet war... unterliegt das ganze Geschäft dem Formzwang des § 313 BGB."

15) Es ist daher nicht überzeugend, wie etwa OERTMANN, 2d zu § 313 BGB versucht, der unwiderruflichen Parzellierungsvollmacht ein Schuldverhältnis zu unterschieben ("im Rechtssinn ist dann bald ein Vorvertrag, bald ein Werkvertrag, eine gesellschaftsartige Abrede oder ein Veräußerungsvertrag zugunsten Dritter oder eine Vielheit von solchen zu finden").

16) Vgl. dazu oben § 5 II 3.

17) Auf die Funktionsnähe von unwiderruflicher Vollmacht und unwiderruflicher Dauerofferte hat schon MÜLLER-FREIENFELS, S. 112 - 115 und öfter hingewiesen.

und Annahmeerklärung den Vertrag schließt. Materiell handelt auch er durch einseitiges Rechtsgeschäft: die "in Vertretung" abgegebene Erklärung ist nicht mehr willentliche Selbstbestimmung des Vollmachtgebers.

6) Es mag offen bleiben, ob angesichts dieser rechtlichen Gleichwertigkeit von Option und unwiderruflicher Vollmacht, die unwiderrufliche Vollmacht - wenigstens dann, wenn dem Bevollmächtigten Selbstkontrahieren erlaubt ist - ein Gestaltungsrecht begründet. Im Rahmen des § 313 BGB muß jedenfalls der für die Option geltende Formzwang auf die gleichwertige Bindung durch eine unwiderrufliche Vollmacht ausgedehnt werden. Und die Steuervorschrift des § 1 I Ziff. 6,7 GrEStG ist auch auf das Geschäft zwischen dem unwiderruflich Bevollmächtigten[18] und dem schließlichen Grundstückserwerber anwendbar. Denn der unwiderruflich Bevollmächtigte bewegt bei Abschluß des Geschäfts mit dem dritten Erwerber den Grundstückswert in gleicher Weise wie eine optionsberechtigte Zwischenperson. Der Bewertung der unwideruflichen Vollmacht[19] als Gestaltungsrecht stünde im übrigen nicht entgegen, daß die unwiderrufliche Bevollmächtigung angeblich deshalb keine über das "Wesen der Vollmacht" hinausgehenden Wirkungen hat, weil der Bevollmächtigte keine Eigenrechtsposition hinsichtlich des Rechts erlangt, über das zu verfügen er bevollmächtigt ist[20]. Denn auch die Option gewährt - von der falschen Konstruktion des bedingten Geschäfts[21] abgesehen - eine solche Rechtsmacht nicht.

---

18) Die Besteuerung entfällt, wenn der Zwischenperson Selbstkontrahieren nicht erlaubt ist.

19) Die bloße Vertretungsmacht gewährt wie die Annahmebefugnis kein Gestaltungsrecht. Vgl. dazu oben § 4 I 2.

20) So die Argumentation von FLUME, 53,6; und ähnlich schon v. TUHR, Festschrift für Laband, S. 59 ff.

21) Vgl. dazu oben § 2 I 4.

§ 13 Die Option im Konkurs

1) Die Option muß als subjektives Recht auch in der Ausnahmesituation des Konkurses bestehen bleiben. Diese selbstverständliche Feststellung fällt allerdings schwer, wenn man - wie es herrschende Auffassung ist - auch in der Befugnis, eine Offerte anzunehmen, ein Gestaltungsrecht sieht. Denn dann muß erklärt werden, warum das eine "Gestaltungsrecht" (Annahmebefugnis) den Konkurseintritt nicht überdauert[1] und warum die Option mit Wirkung gegen den Konkursverwalter ausgeübt werden kann[2].

2) Daß die Option durch die Konkurseröffnung nicht berührt wird (d.h., daß durch Optionsausübung nach Konkurseröffnung eine Konkursforderung begründet werden kann), hat das Reichsgericht[3] damit begründet, daß die Optionsvereinbarung ein bedingtes Rechtsgeschäft sei. Diese Begründung ist aber nicht richtig; denn schon oben in § 2 wurde gezeigt, daß die Option zwar ein wollensbedingtes, nicht aber ein bedingtes Rechtsgeschäft ist. HENRICH, der auf S. 291 seiner Monographie zu diesem Problem Stellung genommen hat, stützt seine Begründung auf eine ausdehnende Auslegung des § 3 KO. Danach soll jeder Anspruch ein "begründeter Vermögensanspruch" im Sinne dieser Vorschrift sein, der sich aus einem "festen

---

1) Eine Offerte kann nach Konkurseröffnung nicht mehr mit Wirkung gegen den Konkursverwalter angenommen werden. Vgl. v. TUHR I, S. 471; JAEGER-LENT, 15 zu § 7 KO; HENRICH, S. 290.

2) BLOMEYER, S. 77 ff.; MÜLLER-FREIENFELS, S. 332; HENRICH, S. 291. Anders: TIKTIN, S. 31 f.; RAAPE, S. 41.

3) RG, LZ 1915, 217; RGZ 121, 367 (für das Wiederkaufsrecht); von dem dogmatisch falschen Ausgangspunkt dieser Entscheidung kommt man leicht zu dem unbilligen Ergebnis (vgl. S. 370), daß auch die Kaufpreisforderung schon vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts bedingt bestanden hat. (Wichtig für die Aufrechnung im Konkurs). Vgl. weiter SEUFFERT, Wiederkaufsrecht und Wiederverkaufsrecht während des Konkurses, LZ 1907, 20 ff.; TIKTIN, S. 33.

Rechtsverhältnis" ergibt. Kein begründeter Vermögensanspruch soll dagegen die bloße "mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit eines künftigen Anspruchs" sein.

Mit diesen Formulierungen wird aber nur der Inhalt des § 3 KO präzisiert; es wird nichts für die Frage gewonnen, ob die Option im Konkurs ein begründeter Vermögensanspruch ist oder einem solchen Anspruch gleichgestellt werden kann[4].

3) Die richtige Begründung muß vielmehr von der Überlegung ausgehen, daß ein begründeter Vermögensanspruch i.S. des § 3 KO jedenfalls immer dann vorliegt, wenn die Rechtsposition des Berechtigten in der Idealform des relativen subjektiven Rechts verkörpert ist. Erst für Rechtspositionen geringerer Qualität kann die Frage gestellt werden, ob sie rechtlich so verfestigt sind, daß sie im Bereich des § 3 KO einem begründeten Vermögensanspruch gleichgestellt werden können.

Im Verhältnis zwischen einem Gestaltungsrecht und einem Forderungsrecht gibt es keinen Qualitätsunterschied. Beide Rechtspositionen haben nur einen verschiedenen Rechtsinhalt; das Gestaltungsrecht ist nicht nur eine unvollkommene Zwischenrechtsposition[5] auf dem Wege der Begründung eines Forderungsrechts.

Allein diese rechtliche Gleichwertigkeit rechtfertigt es, Optionsrecht und begründeten Vermögensanspruch gleichzustellen. Durch diese Gleichstellung werden dagegen Rechtspositionen geringerer Qualität, wie Annahmebefugnis[6], Vollmacht und unwiderrufliche Vollmacht[7] nicht mitbetroffen.

---

4) Bezeichnend ist, daß HENRICH, S. 291 Anm. 57 die Frage, ob die Annahmebefugnis im Rahmen des § 3 KO der Option gleichgestellt werden kann, ausdrücklich unentschieden läßt.

5) Vgl. dazu auch oben § 7 I 1.

6) Vgl. dazu Anm. 1, S. 89.

7) Vgl. dazu auch die Ausführungen bei MÜLLER-FREIENFELS, S. 332.

4. KAPITEL

SONDERFORMEN VON OPTION UND VORVERTRAG

§ 14 Der Vorrechtsvertrag

I Der wirtschaftliche Tatbestand

1) Zwischen der Einräumung des Optionsrechts und dem Zeitpunkt seiner Ausübung liegt oftmals ein langer Zeitraum. In dieser Zeit können sich die wirtschaftlichen Wertverhältnisse wesentlich ändern. Auf der Seite des gebundenen Partners sind vielleicht die Gründe, die ihn zur Einräumung eines Optionsrechts bewegt haben, völlig entfallen.

Für die Geschäftspartner stellt sich damit die Frage, ob sie dem Risiko der Änderung der wirtschaftlichen Verhältnisse dadurch begegnen können, daß sie die endgültigen Vertragsbedingungen erst unmittelbar bei der Ausübung der Option festlegen. Für den Optionsgebundenen ergibt sich das Problem, ob er die Optionsausübung von gewissen Voraussetzungen abhängig machen kann.

Auf diesem Interessenhintergrund entstanden Geschäftsformen, die den gebundenen Partner zwingen, zuerst dem Berechtigten den Abschluß eines Vertrages zu ermöglichen, ohne daß die Bedingungen dieses Vertrags schon genannt sind. Dabei ist in der Regel diese Berechtigung dadurch bedingt, daß sich der gebundene Partner überhaupt zum Abschluß eines Vertrages entschließt. Diese Geschäftsformen werden herkömmlich als Vorhand[1] oder Vorrechtsvertrag[2] bezeichnet.

---

1) NIPPERDEY, ZBlHR 1930, 300; RGRK (KUHN) 8b zu § 504 BGB; SIEBERT-BALLERSTEDT, 10 vor § 504 BGB; LARENZ II, 40 IV 2 und DB 1955, 210; LORENZ, S. 118. Aus der Rechtsprechung: RG, Recht 1907 Nr. 1807; SeuffA 74 Nr. 159; HRR 1933 Nr. 913. Vgl. auch CARTELLIERI, BB 1948, 163 Anm.11.

2) HENRICH, S. 296 ff. Die Begriffe Vorrechtsvertrag und Optionsvertrag werden nebeneinander verwendet von BGHZ 22, 347. SIEBERT-BALLERSTEDT, 9 vor § 504 BGB verwenden die Bezeichnung Vorrechtsvertrag als Oberbegriff für Vorhand, Ankaufsrecht und Option.

Nach seiner wirtschaftlichen Funktion hat der Vorrechtsvertrag große Ähnlichkeit mit dem Vorkaufsrecht[3]. Bei dem Vorkaufsrecht wird das Problem der Festlegung des endgültigen Vertragsinhalts im Regelfall dadurch gelöst, daß die Bedingungen eines Drittvertrages übernommen werden[4]. Daher kann das Vorkaufsrecht erst ausgeübt werden, wenn ein bindender Drittvertrag abgeschlossen ist. Diese Besonderheit, daß durch Gestaltungsrecht (Ausübung des Vorkaufsrechts) in ein fremdes Vertragsrecht eingegriffen werden darf, ist aber nicht immer erwünscht.

2) Vorrechtsvereinbarungen unterscheiden sich in ihrem wirtschaftlichen Tatbestand in folgendem Punkt von einem Vorkaufsrecht: Das Vorrecht kann nicht mehr ausgeübt werden, wenn ein bindender Drittvertrag abgeschlossen ist. Denn den Eingriff in ein fremdes Vertragsrecht kann nur der Gesetzgeber zulassen.

Daraus ergeben sich für die Geschäftspartner zwei Probleme. Sie müssen die Möglichkeit der Begründung eines endgültigen Vertrags unabhängig davon sichern, ob der gebundene Partner seine Veräußerungsabsicht durch Abschluß eines bindenden Vertrages eindeutig ausgedrückt hat. Und sie müssen sich zum anderen über den endgültigen Vertragsinhalt einigen, da - anders als beim Vorkaufsrecht - die Bedingungen eines fertigen Drittvertrages nicht übernommen werden können.

3) Anschauliche Beispiele für Vorrechtsvereinbarungen finden wir im Verlagsrecht. Diese Vereinbarungen werden im allgemeinen so formuliert, daß sich der Autor verpflichtet, sein nächstes[5] oder überhaupt seine künftigen[6] Werke zuerst einem bestimmten Verleger anzubieten. Der Verleger kann

---

3) Richtig RGZ 154, 355 (359).

4) Abweichende Vereinbarungen sind zulässig. Vgl. OLG München, HRR 1942 Nr. 346; ähnlich RGZ 169,65(69). HENRICH, S. 297.

5) Vgl. Verbandsschiedsgericht des deutschen Schrifttums, Ufita 1930, 218; BGHZ 9, 237.

6) Vgl. RGZ 79, 156; BGHZ 22, 347.

dann entscheiden, ob er das Werk übernehmen und einen endgültigen Verlagsvertrag abschließen will. So hatte der Bundesgerichtshof (BGHZ 22, 347) über folgende typische Vereinbarung zu urteilen: "Der Verleger V schließt mit dem Autor A einen Verlagsvertrag mit dem Inhalt, daß A einen Vorschuß auf seine künftigen Manuskripte erhält und sich dafür verpflichtet, neue Manuskripte zunächst dem V-Verlag anzubieten."

Diese Vorrechtsvereinbarungen des Verlagsrechts haben einen besonderen wirtschaftlichen Hintergrund. Hier soll der Abschluß eines endgültigen Verlagsvertrages und die Bemessung der Honorarhöhe von der Qualität des Werkes, die im Zeitpunkt des Abschlußes des Vorrechtsvertrages noch ungewiß ist, abhängig gemacht werden.

4, Im folgenden werden die besonderen Probleme des Vorrechtsvertrages an der dem Bundesgerichtshof (BGHZ 22, 347) vorgelegten Vertragsklausel erörtert. Dabei sind zunächst drei Fragen zu stellen:

Im Blickpunkt steht die Position des Verlegers: das Vorrecht. Ist der Verleger Inhaber eines Optionsrechts und kann er durch einseitige Erklärung den späteren Verlagsvertrag begründen oder ist er Gläubiger eines Forderungsrechtes, in dessen Durchsetzung er den Autor zum Abschluß eines Hauptvertrages zwingen muß?

Auch die Funktion der Anbietungspflicht scheint nicht fest umrissen. Ist sie eine Nebenpflicht an der Seite des Vorrechts, um dem Verleger die Entscheidungsgrundlagen (Einsicht in das Manuskript) zur Ausübung seines Vorrechtes zu vermitteln? Oder bildet umgekehrt dieser Anbietungsanspruch den wesentlichen Inhalt eines Vorrechtsvertrages und hat der Verleger daneben keinen Anspruch auf Abschluß eines Verlagsvertrages?

Schließlich ist zu untersuchen, wie der Inhalt des späteren Verlagsvertrages bestimmt wird, da ja in dem Vorrechtsvertrag die Honorarhöhe ausdrücklich offen geblieben ist.

II Die Rechtsstellung des Berechtigten

1) In merkwürdiger Überbewertung der von den Parteien gewählten Formulierung ("Anbietungspflicht") hat der Bundesgerichtshof angenommen, daß der Autor nur "verpflichtet ist, sein künftiges Werk zuerst dem Verleger zur Inverlagnahme anzubieten". Dabei soll dieses Angebot nicht die Bedeutung eines Angebotes zum Vertragsschluß haben, sondern dem Verleger die Möglichkeit tatsächlicher Einsicht in das Werk gewähren und ihm die Möglichkeit geben, seinerseits ein Angebot zu machen. Der Bundesgerichtshof fährt dann fort: "... sind dem Verfasser die vom Verleger geboteten Bedingungen nicht genehm, so ist er zum Abschluß eines Verlagsvertrages in der Regel nicht gezwungen. Er darf aber das Werk nur dann einem anderen Verlag zur Vervielfältigung und Verbreitung überlassen, wenn dieser ihm günstigere Bedingungen als der Verleger einräumt"[7].

2) Auf der anderen Seite hat das Reichsgericht bei der Auslegung ähnlich formulierter Anbietungsvereinbarungen (SeuffA 81 Nr. 217: "Sollte die Firma S einen Verkauf des Unternehmens beabsichtigen, so ist sie verpflichtet, das Unternehmen vorher dem G zum Kauf oder zur Pacht anzubieten") entschieden, daß der Verkäufer nur verpflichtet ist, den Berechtigten über seine Veräußerungspläne auf dem laufenden zu halten[8].

Doch auch strengere Ansichten finden sich: nach RGZ 79, 156 ist der Komponist dann verpflichtet, mit dem Verleger abzuschließen, wenn dieser gleich gute Bedingungen wie ein dritter Interessent gewährt.

---

7) So BGHZ 22, 347.

8) Ähnlich RG, HRR 1933 Nr. 913 (unter Berufung auf den Parteiwillen); LORENZ, S. 119.

3) Diesen unmotivierten Differenzierungen fehlt der Kontakt zu dem tatsächlichen Interessenhintergrund der Anbietungsverträge. Insbesondere wird die überwiegende Abschlußmacht des berechtigten Partners verkannt, der den Autor oft bis zur Grenze des Sittenwidrigen[9] bindet, so daß Milde in anderen Punkten kaum zu erwarten ist und dessen Interessen weder durch einen isolierten Mitteilungsanspruch noch durch einen Unterlassungsanspruch genügend gewahrt werden.

Unter diesem wirtschaftlichen Blickpunkt befriedigt allein die in RGZ 79,156 gefundene Lösung: Für seine Vorschußzahlungen erwirbt dort der Verleger das Recht, die Übernahme des Werkes zu erzwingen, wenn er gleich gute oder bessere Bedingungen als ein Drittinteressent gewährt[10]; und nur wenn von dritter Seite ein höheres Honorar geboten wird, hat der Komponist die Freiheit, dieses Angebot vorzuziehen.

Das Reichsgericht sieht damit richtig, daß der Verleger mit dem Abschluß des Vorrechtsvertrags die Gewißheit sucht, den Abschluß eines endgültigen Verlagsvertrags gerade dann erzwingen zu können, wenn dritte Verleger gleichrangige - oder sogar schlechtere - Honorarangebote machen sollten. Kein Verleger wird nämlich einen Autor durch Vorschußzahlungen an sich ketten, um wenigstens für den Fall, daß er später ein höheres Angebot als alle Mitkonkurrenten abgibt, einen Unterlassungsanspruch gegen den Autor zu haben. Denn von diesem Unterlassungsanspruch hat der Verleger keinen wirtschaftlichen Vorteil.

---

9) Vgl. dazu RGZ 79, 156; LG München, GRUR 1951, 287: BGHZ 22, 347 (349); KLEINE, JZ 1957, 303.

10) Zum gleichen Ergebnis kommt eine weitere Entscheidung des Reichsgerichts vom 4.5.1908, mitgeteilt in OLG 17, 26 Anm. 1. Ähnlich auch die Entscheidung der Vorinstanz KG, OLG 17, 26. Vgl. weiter OLG Hamburg, OLG 33, 288; RGZ 126, 123.
Auch NIPPERDEY, ZBlHR 1930, 300 geht von einem Anspruch des Berechtigten auf Abschluß eines Vertrages aus; für gewisse Fälle (Auslegung) folgt auch HENRICH, S. 303.

4) Soweit überhaupt anerkannt wird, daß der Vorberechtigte unter gewissen Voraussetzungen einen Vertragsschluß erzwingen kann, erklärt die traditionelle Auffassung diese Berechtigung als Forderungsrecht auf Abgabe eines Angebots[10a].

Ich halte diese Auffassung nicht für richtig. Entscheidend ist vielmehr, daß der Vorberechtigte - auch nach der hier abgelehnten Auffassung - selbst nach Abgabe einer Offerte durch den Gegner sich frei entscheiden kann, ob es zum endgültigen Vertrag kommt. Da auf diesem Recht zur einseitigen Vertragsbegründung das Schwergewicht der Rechtsmacht des Vorberechtigten liegt, ist es auch richtig, in seiner Gesamtrechtsstellung ein subjektives Gestaltungsrecht und damit ein Optionsrecht zu sehen[11].

Daß die entscheidende Rechtsmacht des Vorberechtigten als Gestaltungsrecht zu qualifizieren ist, zeigt sich deutlich in den Fällen, in denen der Inhalt des endgültigen Vertrags schon feststeht und nur die Ausübung des Vorrechts von gewissen Voraussetzungen[11a], etwa der Veräußerungsabsicht oder der Fertigstellung eines Werkes, abhängt. Hier kann der Vorberechtigte die Mitteilung der Veräußerungsabsicht und auch Einsicht in das Werk erzwingen[12].

Dennoch erschöpft sich das Vorrecht nicht in diesem Leistungsanspruch: wenn nur die Voraussetzungen für die Vorrechtsausübung objektiv eingetreten sind, kann der Berechtigte das Vorrecht ausüben und damit den endgültigen

---

10a) So RG, SeuffA 74 Nr. 159; RGZ 154, 355; NIPPERDEY, ZBlHR 1930, 300 f.; HOFFMANN, Ufita 1933, 215 (223); FIKENTSCHER, Das Schuldrecht, 23 II A 1 b; LARENZ, DB 1955, 209 f.; HENRICH, S. 302 (wenn die Parteien eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen haben).

11) Und keine Obliegenheit, wie LORENZ, S. 112 meint. Die Figur der Obliegenheit hat jedenfalls da keinen Platz, wo auf die Rechtsstellung der Gegenpartei eingewirkt wird.

11a) Vgl. dazu unten III 4.

12) Vgl. unten III 2.

Vertrag begründen. Ob zuvor der Gebundene den Eintritt dieser Voraussetzungen dem Vorberechtigten ausdrücklich mitgeteilt hat, ist so wenig von Belang wie etwa die Mitteilung des Vorkaufsfalles (§ 510 I BGB) für die Ausübung des Verkaufsrechts.

5) Wenn nun der Inhalt des künftigen Vertrags wie im Falle der eingangs mitgeteilten Entscheidung des Bundesgerichtshofs[12a)] nicht von vornherein bestimmt ist, sondern erst im Zeitpunkt der Vorrechtsausübung im Hinblick auf die dann gegebene Marktsituation festgelegt werden soll, ändert sich an der grundsätzlichen Bewertung des Vorrechts nichts. Zwar müssen sich dann die Parteien vor Ausübung des Vorrechts über den Inhalt des zu begründenden Vertrages einigen, wobei der gebundene Partner in Erfüllung seiner Einigungspflicht regelmäßig ein oder sogar mehrere Angebote abgeben wird[13)]. Doch auch das berechtigt nicht dazu, in dieser Gruppe von Vorrechtsvereinbarungen ein Forderungsrecht zu sehen. Das zeigt sich in dem Fall, wenn der gebundene Partner jede Erklärung verweigert: hier kann nach unserer Auffassung - die unten IV 4 im Einzelnen dargelegt wird - der Vorberechtigte den Vertragsschluß zu seinen (richterlich kontrollierten) Bedingungen erzwingen. Gerade in dieser Krisensituation, in der sich der "Wert" des Vorrechts zu bewähren hat, versagt die Auffassung, die in dem Vorrecht nur ein Forderungsrecht auf Abgabe eines Angebots sieht. Diese Auffassung kann nicht überzeugend erklären, was geschehen soll, wenn die Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots nicht freiwillig erfüllt wird. Da es eine ganz unbestimmte Klage auf Abgabe "eines Angebots" sicher nicht geben kann, verbleibt dieser Auffassung nur der Ausweg, daß der Gebundene ein Angebot nach billigem Ermessen abgeben muß. In manchen Fällen mag diese Deutung des Vorrechtsinhalts durchaus dem Parteiwillen und den Parteiinteressen gerecht werden. In anderen Situationen ist aber

12a) BGHZ 22, 367; vgl. oben I 3.

13) Vgl. dazu unten IV 4.

diese einseitige Begünstigung eines Partners durch § 315 BGB von den Parteien sicher nicht gewollt[13a]. In diesen Fällen müßte also die kritisierte Auffassung das Bestehen eines Forderungsrechts behaupten, das nicht mit Erfüllungszwang ausgestattet ist.

6) Erschwert wird die Analyse des Vorrechts allerdings dadurch, daß nahezu regelmäßig die Ausübung des Vorrechts von der Erfüllung gewisser schuldrechtlicher Verpflichtungen durch den gebundenen Partner abhängt. Doch diese Nebenpflichten haben - wie anschließend unter III gezeigt werden kann - nur eine Hilfsfunktion für die Entscheidung über die Ausübung des Vorrechts.

13a) Vgl. dazu unten IV 2.

III Der Mitteilungsanspruch

1) Diese verschiedenartigen Verpflichtungen werden hier mit dem Namen Anbietungs- oder Mitteilungspflicht bezeichnet. Das Vorrecht und der Mitteilungsanspruch sind nicht identisch. Der Mitteilungsanspruch hat nur eine Hilfsfunktion, um dem Berechtigten die Grundlagen für die Entscheidung zu vermitteln, ob er durch Ausübung des Vorrechts den endgültigen Vertrag begründen will.

Vielfach wird dagegen in einer unbegründeten Verschiebung der Gewichte nur dieser Mitteilungsanspruch gesehen. Inhalt des Vorrechtsvertrages soll danach ein bloßer Auskunftsanspruch (unter Umständen verbunden mit einem Unterlassungsanspruch) sein, der es dem Berechtigten ermöglichen soll, seinerseits ein Angebot abzugeben[14].

2) Das richtige Rangverhältnis zwischen dem Mitteilungsanspruch und dem Vorrecht ist vom Reichsgericht (RGZ 126,123) beim Streit über folgende Vereinbarung dargestellt worden. Die dem Gericht vorgelegte Klausel lautete: "Nach Ablauf des Vertrages darf das Recht der alleinigen Inseratenannahme erst dann an eine andere Firma vergeben werden, wenn die Gesellschaft die Übernahme der Inseratenannahme unter den von den anderen Bewerbern angebotenen Bedingungen ablehnt oder innerhalb von acht Tagen nach ihr zugegangener Mitteilung dieser Bedingungen zur Übernahme nicht bereit ist." Zwischen den Parteien war streitig, ob die berechtigte Gesellschaft einen klagbaren Anspruch auf Mitteilung der von den Drittinteressenten gebotenen Bedingungen hat. Das Gericht hat diesen Anspruch anerkannt. Es hat ausgesprochen, daß auch ohne ausdrückliche Formulierung im Vertrag der Gebundene verpflichtet ist, die zur Verwirklichung des

---

14) So RG, SeuffA 81 Nr. 217; ähnlich BGHZ 22, 347; wohl auch SIEBERT-BALLERSTEDT, 10 vor § 504 BGB, die hier von einer "schwächeren Form" der Vorhand sprechen; HENRICH, S. 306 für den Regelfall des Vorrechtsvertrages. Ohne klare Stellungnahme OLG München, JW 1919, 257 (Nr.10); RG, HRR 1933 Nr. 913; LORENZ, S. 119.

Vorrechts notwendigen Mitteilungen zu machen. Begründet hat das Gericht mit § 242 BGB und mit einem Verweis auf die Regelung des § 510 BGB.

3) Die dogmatische Erklärung sieht in der Mitteilungspflicht eine selbständige Nebenpflicht[15] an der Seite des Vorrechts. Solche Nebenpflichten bestehen in dem relativen Rechtsverhältnis des Optionsvertrages bzw. Vorrechtsvertrages in gleicher Weise wie in jedem Schuldverhältnis[16]. Ihr Inhalt und Umfang wird gemäß § 242 BGB nach den Erfordernissen des jeweiligen Vorrechtsvertrages bestimmt. Nach § 242 BGB ist in allen Fällen, in denen die Entscheidung des Berechtigten von einer zusätzlichen Prüfung abhängt (mit folgenden Einzelausprägungen: Einsicht in das Manuskript[17], Nachkalkulation eines Preises, Prüfung eines Drittangebotes[18], Besicht der Sache[19], Untersuchung des Patentes usw.), der gebundene Partner - auch ohne ausdrückliche Vereinbarung - verpflichtet, dem Berechtigten diese Prüfung zu ermöglichen[20].

---

15) Isoliert einklagbar; ihre Verletzung macht wegen Verletzung des Gestaltungsrechts schadenersatzpflichtig. Anders LARENZ, DB 1955, 209 f. (Schadensersatz wegen Forderungsverletzung). Vgl. weiter KRESS II, 51 mit Anm. 252.

16) Richtig OLG München, JW 1919, 257 (Nr. 10) (Mitteilungspflicht im Interesse der Wahrung des Vorrechts) und PINZGER, GRUR 1930, 589 (Vorlegungspflicht neben dem unwiderruflichen Angebot). Die analoge Anwendung des § 510 BGB befürworten NIPPERDEY, ZBlHR 1930, 300; RGRK (KUHN), 8 zu § 504 BGB; SIEBERT-BALLERSTEDT, 9 vor § 504 BGB. Abzulehnen RG, Recht 1907 Nr. 1807.

17) Vgl. HOFFMANN, Ufita 1933, 215 (223); vgl. weiter BGHZ 9, 237.

18) Vgl. dazu insbesondere unten IV 1.

19) Vgl. auch die ausdrückliche Regelung beim Kauf auf Probe in § 495 II BGB.

20) Für die Dauer der Prüfungsfrist ist § 510 II BGB Vorbild. Richtig BGHZ 22, 347 (350), wo eine Entscheidung innerhalb angemessener Frist verlangt wird. Verfehlt ist es, die Optionsausübung auf die kurze Frist des § 147 BGB zu beschränken: Optionsausübung ist nicht Annahme eines Vertragsangebotes. Unrichtig RG, SeuffA 74 Nr. 159. Vgl. dazu auch ausführlich HENRICH, S.350 ff.

IV Festlegung des Vertragsinhalts

1) Soweit in dem Vorrechtsvertrag über den endgültigen Vertragsinhalt noch nichts gesagt ist, kann der Verleger mit der Entscheidung, daß er das Werk übernehmen will, den Verlagsvertrag nicht einseitig begründen. Die Parteien müssen sich zuerst über den Inhalt dieses Vertrages einigen. Im Idealfall erledigt sich dieses Einigungsproblem dadurch, daß der gebundene Partner das günstigste Angebot von dritter Seite mitteilt und damit gleichzeitig ein Angebot zur Einigung über den endgültigen Vertragsinhalt macht.

Oftmals ist der gebundene Partner zu dieser Mitteilung ausdrücklich verpflichtet. Der Vorberechtigte kann dann entscheiden, ob er zu den Bedingungen des Drittangebots den endgültigen Vertrag begründen will. Eine solche Mitteilungspflicht besteht in aller Regel (Auslegungsfrage) dann, wenn die gebundene Sache einen Marktwert hat und wenn der Vorrechtsfall durch die Veräußerungsabsicht des Gebundenen bedingt ist. Beispiel ist folgende Klausel: "Sollte die Firma S einen Verkauf des Unternehmens beabsichtigen, so ist sie verpflichtet, das Unternehmen vorher dem G zum Kauf oder zur Pacht anzubieten"[21]. Hier ist die unmittelbare Übernahme des Drittangebots (soweit der Kauf des Unternehmens in Frage steht) auch interessengerecht. Denn der gebundene Partner braucht seine Veräußerungsabsicht gegenüber dem Vorberechtigten erst dann zu erklären, wenn er ein befriedigendes Drittangebot ausgehandelt hat.

Ist der Vorrechtsfall dagegen nicht durch eine Veräußerungsabsicht bedingt, sondern - wie etwa in dem vom Bundesgerichtshof (BGHZ 22,347) entschiedenen Fall - von der Fertigstellung eines Werkes abhängig, dann werden Drittangebote vielfach

---

21) RG, SeuffA 81 Nr. 217.

fehlen. Und selbst wenn ein Drittangebot vorliegen sollte, so wird dieses oftmals über den Wert des Werkes nichts besagen. In solchen Fällen müssen sich die Parteien selbständig über den Vertragsinhalt einigen.

2) HENRICH[22] macht im Anschluß an NIPPERDEY[23] folgenden Vorschlag zur Lösung dieses Einigungsproblems. Danach soll der gebundene Partner in Anwendung der §§ 315, 316 BGB verpflichtet sein, den noch offenen Vertragsinhalt selbst nach billigem Ermessen zu bestimmen. In vielen Fällen ist diese Regelung interessengerecht. Allerdings muß aus der Vertragsformulierung ein entsprechender Parteiwille hervorgehen. Denn in den typischen Vorrechtsvereinbarungen vereinbaren die Geschäftspartner gerade nicht, daß die Leistungsbestimmung nach dem billigen Ermessen des gebundenen Partners zu treffen ist. Insbesondere § 316 BGB wird der Interessensituation des Vorrechtsvertrages nicht gerecht. Das Gesetz geht in § 316 BGB davon aus, daß sich die Parteien endgültig für den Leistungsaustausch entschieden haben, so daß sich der Partner, der eine Leistung verlangt, vorbehaltlos mit der Bestimmung der Gegenleistung durch den Vertragsgegner einverstanden erklärt[24].

Bei Vorrechtsverträgen des Verlagsrechts liegt aber das wirtschaftliche Übergewicht bei dem vorberechtigten Verleger. Dieser wird nicht ohne Grund die inhaltliche Gestaltung des Verlagsvertrags der einseitigen Entscheidung des Autors überlassen. Auch dann nicht, wenn der Autor die Inhaltsbestimmung nach billigem Ermessen zu treffen hat. Denn gerade hier ist das billige Ermessen in einem weiten Umfang jeder Nachprüfung entzogen, weil sich für Autorenhonorare nur schwer ein Marktwert bestimmen läßt.

---

22) S. 314.

23) ZBlHR 1930, 300 f. Vgl. weiter STAUDINGER-WERNER, 3 zu § 316 BGB.

24) Richtig ESSER, 40, 2c.

Im allgemeinen wird daher ein Verleger, der die Macht hat, den Autor in einem Vorrechtsvertrag langfristig zu binden, auch die Macht haben, sich ein entscheidendes Mitspracherecht bei der Festlegung des endgültigen Vertragsinhalts zu sichern[25].

3) Dieses Mitspracherecht wird dadurch gewahrt, daß sich der gebundene Partner schon mit Abschluß des Vorrechtsvertrags nicht nur zur Abgabe eines Angebots[26], sondern zur Einigung über die noch offenen Vertragsbedingungen verpflichtet. Auf diese einseitige Verpflichtung zur Einigung sind die oben für den Vorvertrag gefundenen Regeln anwendbar. Das berechtigt aber noch nicht dazu, den Vorrechtsvertrag als einseitig verpflichtenden Vorvertrag zu erklären[27]. Denn der entscheidende Inhalt der Rechtsposition des Berechtigten besteht nicht in dem Anspruch auf Einigung über den endgültigen Vertragsinhalt, sondern in der Rechtsmacht, einseitig - nach Einigung über den Vertragsinhalt - zu entscheiden, ob der endgültige Vertrag begründet werden soll oder nicht. Dabei hat nach der hier vertretenen Auffassung die Verpflichtung zur Einigung eine gleiche Hilfsfunktion wie die oben erörterte Anbietungspflicht. Beide Verpflichtungen sollen dem Berechtigten die Entscheidungsgrundlagen für die Ausübung des Vorrechts vermitteln.

---

25) Das verkennt HENRICH, S. 314 f., wenn er für den speziellen Bereich des Verlagsrechts auf § 22 II VerlG verweist. Diese Vorschrift geht von der Abwicklung eines endgültig abgeschlossenen Verlagsvertrages aus und trifft damit die gleiche Interessenlage wie die §§ 315, 316 BGB. Richtig geht daher die Entscheidung des Verbandsschiedsgerichts des deutschen Schrifttums Ufita 1930, 218 auf diese Möglichkeit überhaupt nicht ein.

26) So die in Anm. 10a Genannten.

27) Vgl. dazu oben II 4.

4) In Erfüllung seiner Verpflichtung zur Einigung darf der gebundene Partner den durch Drittangebote gezogenen Rahmen überschreiten. Wie oben (§ 9 I 6) gezeigt wurde, ist nur ein unzumutbar überhöhtes Angebot keine geeignete Erfüllungshandlung.

Die Nachprüfung, ob ein Angebot unzumutbar überhöht ist, bereitet dann besondere Schwierigkeiten, wenn die Leistung des anbietenden Partners keinen Marktwert hat. Das trifft in der Regel auf verlagsrechtliche Vorrechtsverträge zu. Meist wird dort überhaupt kein Drittangebot vorliegen und oft wird auch ein vorliegendes Drittangebot nichts über den Wert des angebotenen Werkes und über die angemessene Honorarhöhe sagen. Nur selten wird daher das Honorarverlangen des Autors - für dessen Nachprüfung in der Regel jede Bemessungsgrundlage fehlt - unzumutbar überhöht sein. Die Privatautonomie sichert dennoch marktgerechte Bedingungen. Der Verleger braucht das Vorrecht nicht auszuüben, wenn ihm die Honorarforderung zu hoch erscheint. Und er kann umgekehrt den Autor zur Annahme eines zumutbaren Angebots zwingen, wenn der Autor auf seinem unzumutbar überhöhten Angebot besteht oder überhaupt kein Angebot macht[28].

Erscheint dem Verleger das Honorarverlangen zu hoch, dann kann er das Angebot zurückweisen und seine Gegenposition durch ein niedrigeres Angebot fixieren. Dadurch geht das Vorrecht nicht unter: Durch Nichtausübung wird das Gestaltungsrecht nicht verbraucht[29]. Findet der Autor nachträglich einen dritten Verleger, der bessere Bedingungen gewährt, so steht jetzt der nachträglichen Ausübung das

---

28) Das ist die entscheidende Abweichung von BGHZ 22,347. Vgl. auch die gehaltvollste Entscheidung zum Einigungsproblem bei einem Vorrechtsvertrag: Verbandsschiedsgericht des deutschen Schrifttums, Ufita 1930, 218; das Gericht billigt dort für einen Sonderfall das Schweigen des Autors (vgl. dazu oben § 9 II 4 mit Anm. 23).

29) Übereinstimmend insoweit HENRICH, S. 364. Dagegen überzeugt sein Vorschlag zur Lösung des Einigungsproblemes nicht.

Verbot des venire contra factum proprium entgegen. Der Verleger ist an die mit seinem niedrigeren Angebot selbst gezogenen Schranken gebunden[30]. Er wird in aller Regel (unter dem Maßstab des § 242 BGB sind allerdings auch andere Fälle denkbar) nachträglich nicht mit dem Vorbringen gehört, daß er sein Angebot erhöht hätte, wenn er das Drittangebot gekannt hätte[31]. Sollte der Autor aber wider Erwarten zu schlechteren Bedingungen mit einem Dritten kontrahieren und damit die Ausübung des Vorrechts verhindern, so verletzt er schuldhaft das Gestaltungsrecht. Der Berechtigte kann dann Schadensersatz verlangen[32].

---

30) Vgl. dazu auch BGH, BB 1966, 636.

31) Anders HENRICH, S. 349 f., der grundsätzlich davon ausgeht, daß der Gebundene den Berechtigten über sämtliche Angebote Dritter aufklären muß. Eine solche Mitteilungspflicht besteht nur, soweit der endgültige Vertrag zu den Bedingungen des Drittangebotes abgeschlossen werden soll.

32) Zum Schadensersatzanspruch bei Verletzung eines Optionsrechtes vgl. unten § 10 I; zu den besonderen Berechnungsschwierigkeiten bei inhaltlicher Unbestimmtheit des Vertrages vgl. oben § 2 Anm. 53. Entgegen BGHZ 22, 347 (350) wird dem Autor der Einwand, daß auch bei rechtmäßigem Verhalten das Vorrecht nicht ausgeübt worden wäre, versagt (vgl. dazu unten § 10 Anm. 8). Zum Teil abweichend HENRICH, S. 367 f.

§ 15 Minimum - Maximumklausel

1) In RGZ 124, 81 wird ein Fall mitgeteilt, in dem sich ein Grundstückseigentümer und ein Kaufinteressent über die Rechtswirkungen folgender Vereinbarung gestritten haben: "Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich gegenüber dem Kaufinteressenten, jederzeit auf dessen Verlangen einen Kaufvertrag über das X-Anwesen abzuschließen. Dabei sollen die näheren Bedingungen des Kaufs dem abzuschließenden Kaufvertrag vorbehalten bleiben; der zu vereinbarende Kaufpreis darf aber 40 000,- Mark nicht übersteigen[1]." Bei dieser besonderen Geschäftsform werden Elemente der Option und des Vorvertrags in eigenartiger Weise verbunden. Um eine vorvertragliche Einigung handelt es sich, soweit sich die Geschäftspartner zur Einigung über den Kaufpreis verpflichten. Da aber der Kaufinteressent auch noch nach der Einigung über den Abschluß des Kaufvertrags einseitig entscheiden kann, ist der entscheidende Gehalt seiner Rechtsstellung ein Gestaltungsrecht[2] Wenn der Kaufinteressent mit dem Maximalpreis in Höhe von 40 000,- Mark einverstanden ist, kann er sogar ohne weitere Einigung durch einseitige Erklärung einen Kaufvertrag begründen. Dann tritt das vorvertragliche Element in der Vereinbarung völlig zurück.

Das Reichsgericht hat dagegen in dieser Vereinbarung nur einen Vorvertrag gesehen. Es hat dann die Bindung der Parteien mangels Bestimmbarkeit des Vertragsinhalts verneint, obwohl der Kaufinteressent mit dem Maximalpreis von 40 000,- Mark einverstanden war.

---

1) Vgl. den ähnlichen Sachverhalt in KG, KGJ 38 B 66 Nr. 16.
2) Vgl. dazu oben § 14 IV 3.

2) Der soeben mitgeteilte Sachverhalt kann leicht so abgewandelt werden, daß die Geschäftspartner sich verpflichten, einen Kaufvertrag abzuschließen und sich dabei sogleich über den Maximalpreis und den Minimalpreis einigen. Da nicht nur von der Verpflichtung eines Partners die Rede ist und da kein Partner einseitig über den endgültigen Vertragsschluß entscheiden kann, ist hier ein zweiseitig verpflichtender Vertrag vereinbart.

Dieser Vertrag ist ein fertiger Kaufvertrag: der Verkäufer kann unmittelbar Erfüllung des Kaufvertrags verlangen, wenn er mit dem Minimalpreis einverstanden ist und der Käufer hat die gleiche Möglichkeit, wenn er den Maximalpreis bezahlen will. Der Zwischenschritt nochmaliger Einigung ist insoweit entbehrlich.

Nur wenn die Parteien den endgültigen Vertrag nicht zu den jeweils ungünstigen Extrembedingungen abschließen wollen, müssen sie sich wie bei einem Vorvertrag nochmals einigen. Die Frage, ob ein Angebot noch zumutbar ist[3)], stellt sich dabei allerdings nicht: jedes Angebot, das zwischen den vereinbarten Extremwerten liegt, ist vertragsgemäß.

3) Vgl. dazu oben § 9 I 6.

5. KAPITEL

MISSBRAUCH DER OPTIONSFORM

§ 16 Bindung des Optionsberechtigten

I Gegenleistung für die Optionseinräumung

1) Bei Abschluß eines gegenseitigen Vertrags können beide Partner mit dem vereinbarten Güteraustausch disponieren. Bei Einräumung einer Option weiß dagegen nur der Berechtigte, ob es zur Begründung des geplanten Vertrages kommt. Sein Gegner muß den Zeitpunkt der Optionsausübung in Ungewissheit erwarten.

Durch Vereinbarung einer Option - im Gegensatz zum sofortigen Abschluß eines gegenseitigen Vertrages - erbringt daher der gebundene Partner ein erhebliches wirtschaftliches Opfer: seine Sache wird ohne Gegenleistung rechtlich gebunden. Der Optionsgebundene hat nicht einmal eine wirtschaftlich verwertbare künftige Forderung.

2) Wo nun auch der gebundene Partner eine starke Verhandlungsposition hat, wird er versuchen, dieses wirtschaftliche Ungleichgewicht dadurch zu ändern, daß er sich für die Nachteile seiner Wartestellung besonders entschädigen läßt. Ein anschauliches Beispiel für eine solche Entschädigung findet sich in einer in Gruch 47, 628 mitgeteilten Entscheidung des Reichsgerichts. Dort hatten die Parteien eine Option zum Kauf eines Grundstückes mit vierjähriger Laufzeit vereinbart. Für die Optionseinräumung sollte der Grundstückseigentümer einen Pauschalbetrag in Höhe von 5000,- Mark erhalten und für jedes Jahr bis zur Ausübung der Option jeweils weitere 3000,- Mark. Diese Zahlungen sollten mit dem Kaufpreis in Höhe von 500 000,- Mark nicht verrechnet werden.

3) Man bezeichnet eine solche Entschädigung für die Optionseinräumung als Bindungsentgelt. Schwierigkeiten ergeben sich nun, weil die Parteien vielfach bestimmen, daß das Bindungsentgelt im Falle der Ausübung der Option mit der Leistung des Berechtigten verrechnet wird. Das heißt, wenn die Option ausgeübt wird, muß der Berechtigte eine zusätzliche Gegenleistung in Form des Bindungsentgelts nicht bezahlen.

In diesen Fällen wird natürlich der drohende Verfall des Bindungsentgelts die Entscheidung des Optionsberechtigten für die Optionsausübung beeinflussen. Damit hat das Bindungsentgelt neben der Entschädigungsfunktion auch eine gewisse Sanktionsfunktion.

In einseitiger Betonung dieser Sanktionsfunktion, sieht nun HENRICH[1] in der Vereinbarung eines Bindungsentgelts stets ein selbständiges Strafversprechen.

Andere[2] stellen allein die Entschädigungsfunktion des Bindungsentgelts in den Vordergrund und sprechen deshalb nur von einer Gegenleistung für die Optionseinräumung. Die Unterscheidung zwischen selbständigen Strafversprechen und Gegenleistung für die Optionseinräumung hat deshalb große Bedeutung, weil eine Vertragsstrafe nicht bezahlt zu werden braucht, wenn der Berechtigte die Nichtausübung der Option nicht zu vertreten hat. Wenn aber das Bindungsentgelt Gegenleistung für die Optionseinräumung ist, dann ist die Frage, ob der Berechtigte unverschuldet an der Ausübung der Option gehindert war, für den Verfall des Bindungsentgelts völlig unbeachtlich.

---

1) S. 277.

2) CARTELLIERI, BB 1948, 163. Ebenso schon NAUMANN, S. 35. Für die Rechtsprechung vgl. RG, SeuffA 87 Nr. 71. Eine differenzierende Lösung wird von TIKTIN, S. 16 f. vorgeschlagen.

4) Richtig ist eine differenzierende Lösung. Von einer Gegenleistung kann nur gesprochen werden, solange nach der Geschäftsabsicht der Parteien der Optionsgebundene durch das Bindungsentgelt für die vergebliche Bindung entschädigt werden soll. In Zweifelsfällen muß die tatsächliche Geschäftsabsicht der Parteien durch einen Vergleich der beiderseitigen Leistungen unter einem wirtschaftlichen Maßstab festgestellt werden[3]. Ein sicheres Zeichen für das Vorliegen einer reinen Gegenleistung ist es, wenn das Bindungsentgelt mit den späteren Vertragsleistungen nicht verrechnet werden soll[4]. Der naheliegende Umkehrschluß ist aber nicht zwingend. Auch wenn das Bindungsentgelt auf die spätere Leistung des Optionsberechtigten - insbesondere auf den Kaufpreis - angerechnet werden soll, kann es Gegenleistung für die Optionseinräumung sein. Der Optionsgebundene wird dann durch Verfall des Bindungsentgelts entschädigt, wenn die Option nicht ausgeübt wird; im Falle der Ausübung der Option wird er allein mit dem dadurch begründeten Vertrag honoriert.

5) Die Optionseinräumung und die Begründung der Forderung auf das Bindungsentgelt bilden ein kausales Gesamtgeschäft. Bei Abwicklungsstörungen führt die Anwendung der Regeln über den gegenseitigen Vertrag zu richtigen Ergebnissen: Geht etwa die optierte Sache während der Laufzeit der Option durch Zufall unter, dann kann das Bindungsentgelt nach § 323 I und III BGB zurückgefordert werden[5].

---

3) Vgl. als Beispiele, in denen die Umstände auf die Vereinbarung eines Bindungsentgeltes deuten: KG, OLG 23, 34; RG, JW 1916, 391; RGZ 46, 234; 62, 411; 87, 256; KG, Ufita 23 (1957), 235. Vgl. auch die Vorschußzahlungen in Verlagsverträgen, etwa BGHZ 22, 347.

4) Vgl. RG, Gruch 47, 682; KG, Ufita 23 (1957) 235.

5) Vgl. RGZ 87, 256 zur Rückforderung des Bindungsentgelts, wenn sich schon vor Optionsausübung Sachmängel an der gebundenen Sache zeigen; BGH, NJW 1965, 1432 zur Rückforderung bei Nichtigkeit des Geschäfts; HENRICH, S. 366 zur Anwendung der §§ 327, 346 BGB.

Dagegen wird eine Anwendung der Regeln über die teilweise Unmöglichkeit - weil die Bindung immerhin zeitweilig bestand - im allgemeinen nicht sachgerecht sein[6].

6) Bei einer Optionsvereinbarung über den Kauf einer Sache bilden Bindungsentgelt und Kaufpreis völlig getrennte Leistungen. Normen, die an der Kaufpreiszahlung als solcher anknüpfen, gelten nicht uneingeschränkt auch für die Zahlung des Bindungsentgelts. So darf bei Errechnung des mit der Grunderwerbssteuer belasteten Kaufpreises das Bindungsentgelt nicht mitgezählt werden und auch Preisstopvorschriften stehen der Zahlung eines Bindungsentgelts nicht entgegen. Grenzen findet diese Trennung dort, wo der wirtschaftliche Zweck des Bindungsentgelts nicht mehr gewahrt ist. Dann ist die von den Parteien als Bindungsentgelt bezeichnete Leistung in Wahrheit ganz oder zum Teil Gegenleistung für den Erwerb der gebundenen Sache. Entsprechend der tatsächlichen Geschäftsabsicht der Parteien sind in einem solchen Fall die für die Kaufpreiszahlung geltenden Vorschriften auch auf das "Bindungsentgelt" anzuwenden[7].

---

6) Anders bei der besonderen Fallgestaltung in RG, Gruch 47, 682.

7) Insoweit hat der BFH (BStBl III 46) mit Recht Kaufpreis und Bindungsentgelt zur Errechnung des grunderwerbssteuerpflichtigen Betrages addiert. Vgl. auch BGH, NJW 1965, 432: Abgrenzung zwischen - nach der PreisstopVO verbotener - Kaufpreiszahlung und Bindungsentgelt.

II Vereinbarung eines Strafversprechens

1) Der bei Nichtausübung der Option verfallende Betrag übersteigt nun vielfach den wirtschaftlichen Vorteil, den der Berechtigte mit der Optionseinräumung erhält[8].

Nach der Geschäftsabsicht der Parteien soll in diesen Fällen der Verfall eines hohen Betrages den wirtschaftlich denkenden Berechtigten zur Ausübung der Option veranlassen. Die zusätzlich vereinbarte Leistung wird damit Sanktionsmittel zur Erzwingung der Optionsausübung. Ihrer Rechtsnatur nach ist sie ein selbständiges Strafversprechen, mit der Folge, daß die Vertragsstrafe nicht bezahlt zu werden braucht, wenn der Berechtigte die Nichtausübung der Option nicht zu vertreten hat[9]. Welche Höhe eine solche Vertragsstrafe erreichen kann, wird in einer Entscheidung des Reichsgerichts (RGZ 140, 335) mitgeteilt: dort hatten die Parteien die Nichtausübung der Option mit dem Verfall des halben Kaufpreises "bestraft".

2) Es stellt sich nun die Frage, warum die Geschäftspartner zur Erreichung des erstrebten Zieles (nämlich der Bindung beider Partner) nicht gleich die dafür vorgesehene Regelform des gegenseitigen Vertrages wählen.

Meist sind es steuerliche Erwägungen, die die Parteien zur Wahl der Optionsform veranlassen. Die Steuergesetze verbinden vielfach mit der Vereinbarung eines Forderungsrechts und eines Optionsrechts unterschiedliche Steuerfolgen. So wird in § 1 I Ziffer 1 GrEStG und in § 18 I Ziffer 3 KVStG nur die Vereinbarung eines schuldrechtlichen Anspruchs besteuert.

---

8) Vgl. RG, JW 1909, 11 (Nr. 4); 1914, 350 (Nr. 3); RG, Gruch 59, 346; RG, HRR 1934 Nr. 164; RG, SeuffA 88 Nr. 3; Nr. 135; RGZ 53, 236; 53, 257 (259); 95, 199; 105, 382; 140, 355.

9) Vgl. RGZ 95, 199.

Bei dieser Unterscheidung geht der Steuergesetzgeber mit Recht davon aus, daß bei Besteuerung eines Umsatzgeschäfts (wie etwa im Falle der Grunderwerbssteuer) der Steuertatbestand durch eine Optionsvereinbarung noch nicht verwirklicht wird. Denn mit Vereinbarung eines Optionsrechts haben die Parteien rechtlich jedenfalls noch kein Umsatzgeschäft eingeleitet: es steht "im Belieben" eines Partners, ob das besteuerte Geschäft begründet wird. Die Geschäftspartner versuchen nun diese besonderen steuerlichen Vorteile der Option mit der Sicherheit endgültiger vertraglicher Bindung zu vereinen. Die Vereinbarung eines Strafversprechens ist das Mittel, um dieses Ziel zu erreichen. Denn damit kann sich auch der gebundene Partner wie bei einem gegenseitigen Vertrag auf das geplante Umsatzgeschäft einstellen. Er kann zwar nicht unmittelbar Erfüllung verlangen; er weiß aber, daß er bei Nichtdurchführung des geplanten Geschäfts in der Vertragsstrafe "Schadensersatz wegen Nichterfüllung" erhält.

3) Die Finanzgerichte[10] haben diese Manipulation mit der Entscheidungsregel beantwortet, daß die Zahlung eines überhöhten Bindungsentgelts die an den Abschluß eines Kaufvertrags geknüpften Rechtsfolgen auslösen kann. Der Rechtsgrund für diese Ausdehnung des Steuertatbestands wurde dabei offen gelassen. Der Bundesfinanzhof (im BStBl 1963 III 46) hat damit begründet, daß die Parteien in Umgehungsabsicht ein überhöhtes Bindungsentgelt vereinbart hätten. Der Reichsfinanzhof (in StuW 1934 Nr. 310) hat dagegen gesagt, daß die Option durch ein überhöhtes Bindungsentgelt zu einem Kaufvertrag werden könne.

Bevor nun die Frage gestellt werden kann, ob mit einer Optionsvereinbarung in Verbindung mit einem Strafversprechen

---

10) Vgl. zuletzt BFH, BStBl 1963 III 46. Vgl. weiter RFH, StuW 1933 Nr. 608. BORUTTAU-KLEIN, 44 zu § 1 GrEStG; TIKTIN, S. 17; HENRICH, S. 276 f.

eine Steuervorschrift umgangen wird, steht aber das vorrangige Problem, ob dann überhaupt noch der Tatbestand einer Option vorliegt[11]. Der Reichsfinanzhof[12] hat diese Frage nur unter einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise erörtert; er hätte richtig prüfen müssen, wo die tatbestandlichen Grenzen zwischen einer Option und einem Kaufvertrag verlaufen. Denn erst wenn feststeht, daß tatbestandlich eine Option vereinbart ist, kann mit Hilfe des Umgehungsgedankens untersucht werden, ob in wirtschaftlicher Wertung die umgangene Steuervorschrift auf den Tatbestand der Option ausgedehnt werden kann.

4) Mit der Vereinbarung eines Strafversprechens bleibt dem berechtigten Partner nur noch die Wahl zwischen zwei verschiedenen Abwicklungsmöglichkeiten eines Rechtsverhältnisses. Er kann die Vollabwicklung wählen, dann erhält er (beim Kaufvertrag) im Austausch für seine Geldleistung die Kaufsache. Und er kann durch Nichtausübung der Option die Kurzabwicklung wählen, um dann für die Zahlung der Vertragsstrafe überhaupt keine Gegenleistung zu erhalten. Diese Bindung des Gestaltungsberechtigten ist aber mit dem Tatbestand eines Optionsrechtes nicht vereinbar. Dem "Optionsrecht" kommt bei dieser besonderen Gestaltung der Geschäftsbeziehungen keine Rechtsbegründungsfunktion mehr zu, sondern es erlaubt einem Partner, sich wie bei einem Wahlschuldverhältnis zwischen zwei inhaltlich verschiedenen Möglichkeiten des Leistungsaustausches zu entscheiden[13]. Wie das Beispiel des Wahlschuldverhältnisses zeigt, macht das Gesetz einen deutlichen Unterschied zwischen der Macht zur inhaltlichen Gestaltung eines Schuldverhältnisses und der Macht zur Begründung eines Schuldverhältnisses. Nur wo

---

11) Vgl. dazu die von HENRICH, S. 277 mitgeteilte Fragestellung im französischen Recht.

12) StuW 1934 Nr. 310.

13) Vgl. zu ähnlichen Überlegungen RFH, RStBl 1932, 169.

der Umfang der Gestaltungsmacht des berechtigten Partners so weit ist, daß seine Rechtsposition als Macht zur einseitigen Rechtsbegründung bewertet werden kann, liegt der Tatbestand der Option vor. Wo aber von vornherein feststeht, daß der berechtigte Partner zu einer Leistung in jedem Fall verpflichtet ist, verengt sich die Gestaltungsfreiheit auf die Macht zur einseitigen Inhaltsgestaltung eines bestehenden Schuldverhältnisses.

5) Die Verbindung von Optionsrecht und Vertragsstrafe begründet damit ein Forderungsrecht zwischen den Geschäftspartnern; der "Optionsinhaber" ist (etwa bei einer Grundstückskaufoption) Gläubiger eines Übereignungsanspruchs, der nach § 1 I Ziff. 1 GrEStG zu versteuern ist.

§ 17 Doppeloption

1) Die Vereinbarung eines Strafversprechens ist für den gebundenen Partner nicht die einzige Möglichkeit, auf die Optionsausübung Einfluß zu nehmen. Eine andere Möglichkeit besteht darin, daß er sich seinerseits eine Option (pactum de emendo) auf Abnahme der gebundenen Sache einräumen läßt[1]. Damit ist jeder Geschäftspartner Inhaber eines Optionsrechts und beide können den geplanten Güteraustausch erzwingen.

2) Der Reichsfinanzhof[2] hat diese besondere Geschäftsform der für vertragliche Bindungen geltenden Besteuerung unterworfen[3]. Der Reichsfinanzhof hat seine Entscheidung damit begründet, daß ein wollensbedingtes Geschäft wie ein bedingtes Geschäft zu besteuern sei. Daß diese Gleichsetzung von wollensbedingtem und bedingtem Rechtsgeschäft nicht richtig ist, wurde schon oben § 2 II gezeigt. Auch der Reichsfinanzhof hat an anderer Stelle[4] betont, daß Optionsvereinbarungen nicht wie bedingte Anschaffungsgeschäfte besteuert werden können.

Dennoch ist die Entscheidung des Reichsfinanzhofs im Ergebnis richtig. Wenn beide Geschäftspartner Inhaber einer auf das gleiche Ziel gerichteten Option sind, dann haben sie in Wahrheit den Tatbestand der Option verlassen. Dieser Tatbestand liegt nämlich nur vor, wenn ein Partner durch rechts-

---

1) Vgl. dazu RG, SeuffA 85 Nr. 188, wo angedeutet wird, welche wirtschaftlichen Interessen zu einer solchen Vertragsgestaltung führen können (verschieden hohe Besteuerung von Barvermögen und Grundvermögen).

2) RFH, BankA 1929, 226. Vgl. auch RG, JW 1899, 271 Nr.38: allerdings ist dort der Sachverhalt nicht ganz eindeutig.

3) Vgl. dazu heute § 18 KVStG.

4) RFH, StuW 1930 Nr. 159. Vgl. auch die Anm. zu RFH, BankA 1929, 226.

gestaltende Erklärung ein Rechtsverhältnis konstitutiv begründen kann. Die Macht zu einseitiger Rechtsbegründung schließt zwingend aus, daß die Rechtsbegründung auch ohne oder gegen den Willen des Berechtigten erfolgen kann. Gerade das aber ist bei der sogenannten Doppeloption der Fall. Hier steht von vornherein fest, daß jeder der beiden Geschäftspartner - wie bei einem gegenseitigen Vertrag - den Güteraustausch erzwingen kann. Und nur im beiderseitigen ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis können die Geschäftspartner - wie bei einem gegenseitigen Vertrag - die vereinbarte Vertragsabwicklung aufhalten.

Bevor es bei der sogenannten Doppeloption zum Güteraustausch kommt, muß allerdings einer der beiden Geschäftspartner "das Optionsrecht ausüben". Doch diese Erklärung hat angesichts der feststehenden Leistungspflichten keine Rechtsbegründungsfunktion; sie ist lediglich Bestimmung des bisher offen gebliebenen Fälligkeitszeitpunktes.

§ 18 Umgehungsgeschäfte

1) Die Vereinbarung eines Optionsrechts verpflichtet noch keinen der Geschäftspartner zu schuldrechtlichen Leistungen. Ein Optionsrecht garantiert lediglich, daß ein Partner den geplanten Güteraustausch erzwingen kann. Daher wird im allgemeinen eine Optionsvereinbarung auch nicht wie ein Umsatzgeschäft besteuert. Insbesondere im Grundstücksverkehr bleibt die bloße Einräumung einer Option grunderwerbssteuerfrei[1].

In der Geschäftspraxis wird nun vielfach versucht, mit der steuerlich begünstigten Optionsform den - an sich steuerpflichtigen - schuldrechtlichen Güteraustausch zu verbinden.

2) Das Ergebnis dieser Manipulation sind Geschäftsformen, bei denen die Geschäftspartner mit Abschluß der Optionsvereinbarung sogleich den Beginn des schuldrechtlichen Güteraustausches anordnen. Der Güteraustausch erfolgt hier also nicht in Erfüllung eines durch die Optionsausübung begründeten Schuldverhältnisses, sondern auf Grund einer selbständigen Vereinbarung.

Beispiele hierfür aus der Vertragspraxis sind Vereinbarungen, bei denen das optierte Grundstück sogleich übergeben wird[2] oder bei denen der Optionsberechtigte Verwaltungsvollmacht[3] bekommt. Oftmals wird auch der Kaufpreis (mindestens teilweise) bezahlt[4]. Mit Hilfe solcher Vereinba-

---

1) Vgl. § 1 GrEStG.

2) Vgl. RGZ 87, 256; RG SeuffA 90 Nr. 38; OLG Hamm, DNotZ 1953, 208; BFH, BB 1965, 532; NJW 1967, 696.

3) Vgl. RG, Gruch 59, 346; SeuffA 90 Nr. 38; RGZ 53,236; 87, 256.

4) RGZ 53, 236; RG, SeuffA 90 Nr. 38; OLG Hamm, DNotZ 1953, 208; BFH, BStBl 1963 III 46; OLG Stuttgart, Die Justiz 1965, 272; BFH, NJW 1967, 696.

rungen erlangt der Optionsberechtigte (der Käufer) Besitz und Nutzungen des Kaufgrundstückes, ohne - wenigstens im gegenwärtigen Zeitpunkt - die hohe Grunderwerbssteuer bezahlen zu müssen. Wenn dann noch der Optionsberechtigte seinen künftigen Übereignungsanspruch durch eine Vormerkung sichern läßt, so erlangt er im praktischen Ergebnis wirtschaftlich und rechtlich eine käufergleiche Rechtsposition.

3) Wenn auf diese Weise mit einer Optionsvereinbarung das wirtschaftliche Ergebnis eines durchgeführten Kaufvertrages erreicht werden kann, so ändert sich doch am Vorliegen des rechtlichen Tatbestands der Option nichts. Denn die Entscheidung über die den vorzeitigen Güteraustausch endgültig rechtfertigende causa liegt allein in der Hand des optionsberechtigten Partners.

Ausgenommen sind allerdings die oben (§ 16 II) genannten Vereinbarungen, mit denen die Optionsausübung durch ein Strafversprechen "gesichert" wird. Erst jetzt, wenn feststeht, daß der Tatbestand eines schuldrechtlichen Umsatzgeschäfts nicht verwirklicht wurde, ist zu fragen, ob die Optionspartner den mit einem Vertrag verbundenen wirtschaftlichen Erfolg erreichen wollen und ob sie durch die besondere Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen den Nachteilen bestimmter gesetzlicher Vorschriften (vor allem des Steuerrechts[5]) ausweichen können. Diese Frage nach dem Vorliegen eines Umgehungsgeschäftes führt nach Klärung des wirtschaftlichen Gehaltes des vereinbarten Geschäftes zu einer Prüfung

---

5) Eine Option in Verbindung mit vorzeitigem Güteraustausch führt in der Regel an § 1 GrEStG vorbei; richtig zuletzt BGH, BB 1965, 532 und früher RFH, StuW 1929 Nr. 544; 1930 Nr. 125.

der Reichweite der umgangenen Regelung[6]; sie läßt im übrigen Tatbestand und Geltung der Optionsvereinbarung unangetastet.

4) Bedenken bestehen deshalb gegen die Rechtsprechung, die die Wirkung eines Geschäftes nicht anerkennt, wenn die Parteien eine Optionsvereinbarung beurkundet haben, das Gericht aber aus dem vorzeitigen Güteraustausch entnimmt, daß die Geschäftspartner nach ihrem "wirklichen Willen" einen Grundstückskaufvertrag abschließen wollten. Mag auch in solchen Fällen der vorzeitigen Vertragsdurchführung Mißtrauen begegnen (besonders dann, wenn die Parteien die mit einem Kaufvertrag verbundenen Steuern sparen), so ist es doch allein deshalb dogmatisch wenig überzeugend, das beurkundete Geschäft dem Vorwurf der Simulation auszusetzen[7]. Denn nur dann, wenn die Parteien den Tatbestand des Optionsgeschäftes verlassen haben und dennoch eine Optionsvereinbarung beurkunden, wird dieser Vorwurf mit Recht erhoben.

---

6) So wurde mit guten Gründen in der Entscheidung RFH, StuW 1926 Nr. 466 die umgangene Vorschrift (§ 1 GrEStG) auf das dort vereinbarte Geschäft (Erbbaurecht in Verbindung mit einer über 60 Jahre bindenden Option zu festem Kaufpreis) ausgedehnt. Begründung: "das dem Eigentümer verbliebene juristische Grundstückseigentum ist wirtschaftlich fast ganz inhaltslos geworden."
Ähnlich BFH, NJW 1967, 696 zu § 23 I EStG: "Wirtschaftlich war der Verkauf bereits mit dem Angebot vollzogen und die spätere Annahme des Angebots war als juristische Formalität ohne Eigenbedeutung."

7) Nicht überzeugend daher RG, ZBlFG X 731.
Auch in RG, SeuffA 90 Nr. 38 ist die Option nicht simuliert, denn die Parteien haben sich nach der vereinbarten Geschäftsform gerichtet und richten wollen. Mit Recht wird ein simuliertes Geschäft verneint von RG, JW 1916, 391 (394); RGZ 87, 256 (259). Vgl. auch OLG Hamm, DNotZ 1953, 208; OLG Stuttgart, Die Justiz 1965, 272.
In der viel zitierten Entscheidung RG, Gruch 59, 346 (350) war die Beurkundung eines Offertvertrages schon deshalb nicht ausreichend, weil die Optionsausübung durch ein Strafversprechen gesichert war und damit beide Erklärungen beurkundet werden mußten.

§ 19 Ergebnisse

I

1) Ein Schuldverhältnis (aber auch ein Verfügungsgeschäft) kann von den Geschäftspartnern auf zwei Wegen verwirklicht werden: durch beiderseitige Angebots- und Annahmeerklärung oder durch einseitige Erklärung eines Partners.

Im letzteren Falle wird das Schuldverhältnis durch einseitiges Rechtsgeschäft geschaffen (vgl. § 5 I 3); die Macht, durch einseitiges Rechtsgeschäft den gesamten Entstehungstatbestand eines Schuldverhältnisses zu verwirklichen, ist ein subjektives Gestaltungsrecht (vgl. § 5 I).

Nur wo der Partner, der über den endgültigen Vertragsschluß entscheidet, schon Inhaber eines subjektiven Gestaltungsrechts ist, ist es berechtigt, von einem "Optionsrecht" zu sprechen.

a) Kein subjektives Gestaltungsrecht ist dagegen die Möglichkeit, durch Annahme einer einseitigen Daueroofferte (vgl. § 4 I) oder auch einer vertraglich eingeräumten Daueroofferte (vgl. § 4 II) einen Vertrag zu schließen.

2) Das Optionsrecht als subjektives Recht gewährt dem Berechtigten besondere rechtliche Befugnisse, die demjenigen, der "nur" eine Offerte annehmen kann, nicht in gleicher Weise zustehen.

a) Es ist unrichtig, diese besonderen Rechtswirkungen des Optionsrechts mit dem Vorliegen eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts zu erklären (vgl. § 2): der Optionsvertrag ist zwar ein "wollensbedingtes" Rechtsgeschäft; das wollensbedingte Geschäft ist aber kein "Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung" i.S. der §§ 158 ff. BGB (vgl. § 2 II).

b) Auch Vorkaufsrecht und Wiederkaufsrecht sind damit keine aufschiebend bedingten Vereinbarungen (vgl. § 5 I 1); dagegen ist der in § 495 BGB geregelte Kauf auf Probe ein aufschiebend bedingter Vertrag. Das Tatbestandsmerkmal "Billigung nach Belieben" ist - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des BGB - dahin einzuschränken, daß für die Mißbilligung sachliche Gründe zu fordern sind (vgl. § 3).

3) Der Optionsvertrag ist auch kein Vorvertrag (vgl. § 6). Denn wie bei jedem schuldrechtlichen Vertrag wird der Schuldner des Vorvertrags zur Herbeiführung eines Leistungserfolgs durch positives Tun verpflichtet. Der Optionsvertrag begründet dagegen keine schuldrechtlichen Leistungspflichten (vgl. § 5 I 5 und § 7 II 2).

a) Die Vereinbarung einseitiger Erwerbspflichten (pactum de emendo) oder einseitiger Verkaufspflichten (pactum de vendendo) schafft keine gegenwärtigen Leistungspflichten des gebundenen Teils. Daher sind diese Geschäftstypen weder Vorverträge noch zweiseitig verpflichtende Hauptverträge, sondern Optionsvereinbarungen (vgl. § 7 I, II).

b) Die in der heutigen Vertragspraxis üblichen, sog. Kaufanwärterverträge, in denen sich nur der eine Teil zum Erwerb eines Grundstücks verpflichtet, sind damit ebenfalls Optionsvereinbarungen. Allerdings erhält der Veräußerer nur dann das Recht, durch einseitige beurkundete Erklärung einen Grundstückskaufvertrag zu begründen, wenn der Anwärter seine Erklärung bei der Optionseinräumung in der Form des § 313 BGB beurkundet hat (vgl. § 7 III).

4) Der besondere rechtliche Gehalt des Optionsrechts ist allein Folge des Gegenüberstehens eines subjektiven Gestaltungsrechts auf der einen Seite und der Bindung durch dieses Recht auf der anderen Seite (vgl. § 5 I 5).

a) Im Einzelnen zeigt sich der besondere Rechtsgehalt des Optionsrechts darin, daß es als "sonstiges Recht" i.S. des § 823 I BGB gegen schuldhafte Beeinträchtigungen durch den gebundenen Partner geschützt wird (vgl. § 10 I). Der Rechtsschutz des gebundenen Partners ist dagegen darauf beschränkt, daß in gewissen Fällen der Optionsvertrag aus wichtigem Grund beendet werden kann (vgl. § 11 II 2) oder daß in Einzelfällen der Optionsausübung das Verbot des Rechtsmißbrauchs entgegengehalten werden kann (vgl. § 11 II 3).

b) Das Optionsrecht kann durch Rechtsgeschäft übertragen werden. Die Zulässigkeit der Rechtsübertragung hängt allein davon ab, ob die Parteien ein übertragbares oder ein nicht übertragbares Recht vereinbart haben (vgl. § 12 I 3).

c) Nach Konkurseröffnung kann ein Optionsrecht mit Wirkung gegen den Konkursverwalter ausgeübt werden. Das Optionsrecht kann insoweit einem "begründeten Vermögensanspruch" i.S. des § 3 KO gleichgestellt werden (vgl. § 13).

d) Ein Anspruch auf dingliche Rechtsänderung, dessen Entstehung gegenwärtig durch ein Optionsrecht gesichert und geschützt ist, ist als "künftiger Anspruch" i.S. des § 883 I 2 BGB vormerkbar (vgl. § 5 I 5).

5) In dem relativen Rechtsverhältnis zwischen den Optionspartnern gelten andere "Gefahrtragungsregeln" als zwischen den Parteien eines Schuldverhältnisses: im Gegensatz zu der in § 323 BGB vorgesehenen Risikoverteilung kann der Optionsberechtigte die Option ausüben, auch wenn (beim pactum de emendo) die in seiner Hand befindliche Optionssache durch Zufall untergegangen ist (vgl. § 11 I).

a) Die Optionsausübung ist dagegen ausgeschlossen, wenn die Optionssache bei dem gebundenen Gegner untergegangen ist und dieser dafür ein Surrogat erlangt hat:

der dem § 281 BGB zugrunde liegende Rechtsgedanke ist auf Forderungsrechte beschränkt (vgl. § 10 II).

6) Im Gewand einer Optionsvereinbarung werden von den Parteien vielfach Regelungen getroffen, die entweder schon tatbestandlich keine Optionsrechte sind oder auf die wegen ihres besonderen wirtschaftlichen Gehalts, Vorschriften Anwendung finden, die primär auf Schuldrechtsgeschäfte zugeschnitten sind.

a) Muß der Optionsberechtigte für die Einräumung der Option seinerseits eine Leistung erbringen, die bei Nichtausübung der Option verfällt, so handelt es sich um eine bloße Gegenleistung für die Optionseinräumung, wenn die Höhe dieser Gegenleistung den wirtschaftlichen Wert des Optionsrechts als solchen nicht übersteigt (vgl. § 16 I).

Eine höhere Gegenleistung ist ein Strafversprechen (vgl. § 16 II); die Geschäftspartner haben in diesem Fall ein Schuldverhältnis vereinbart, bei dem der berechtigte Partner die Wahl zwischen zwei Abwicklungsmöglichkeiten hat (vgl. § 16 II 5).

b) Wo die Geschäftspartner gleichzeitig auf der einen Seite eine Verkaufsoption und auf der anderen Seite eine Erwerbsoption vereinbaren, ist in Wahrheit ein zweiseitig verpflichtender Vertrag vereinbart (vgl. § 17).

c) Bei den Geschäftsformen, bei denen neben der Vereinbarung eines Optionsrechts sogleich der - erst nach Optionsausübung endgültig geschuldete - Güteraustausch erfolgt, handelt es sich in aller Regel um Optionsvereinbarungen (vgl. § 18). Diese Optionsvereinbarungen können aber Umgehungscharakter haben (vgl. § 18, 3).

d) Ein Optionsrecht und eine unwiderrufliche Vollmacht haben den gleichen wirtschaftlichen Gehalt. Daher ergibt sich das Verbot, durch die Einschaltung einer unwiderruflichen Vollmacht die für die Option etwa geltenden

Vorschriften zu umgehen. So erklärt sich etwa, daß bei Vereinbarung einer unwiderruflichen Vollmacht § 313 BGB beachtet werden muß (vgl. § 12 II).

II

1) Eine Sonderform des Optionsvertrags ist der Vorrechtsvertrag. Durch einen Vorrechtsvertrag erhält der berechtigte Partner ein Optionsrecht, das es ihm ermöglicht, bei Eintritt des Vorrechtsfalles durch einseitige Erklärung einen endgültigen Vertrag zu schließen (vgl. § 14 II).

a) Damit der Vorberechtigte entscheiden kann, ob er überhaupt sein Vorrecht ausüben soll, muß ihm der gebundene Partner die notwendigen Entscheidungsgrundlagen mitteilen. Insoweit handelt es sich um eine schuldrechtliche Nebenpflicht, die selbständig eingeklagt werden kann (vgl. § 14 III).

b) Ist für die anzubietende Sache kein Preis vereinbart (und ist von den Parteien auch keine einseitige Preisbestimmung gem. §§ 316, 315 BGB gewollt), dann müssen sich die Parteien über den endgültigen Vertragsinhalt einigen (vgl. § 14 IV). Bezüglich des Inhalts und der Erfüllung dieser Einigungspflicht gelten die gleichen Regeln wie für den Vorvertrag. Ein stets ordnungsgemäßer Erfüllungsversuch des gebundenen Partners ist es, wenn er ein Angebot macht, das mit dem günstigsten Angebot von dritter Seite übereinstimmt (vgl. § 14 IV 4).

III

1) Optionsvertrag und Vorvertrag haben nur den wirtschaftlichen Ausgangspunkt gemeinsam. In beiden Fällen handelt es sich um vorläufige Regelungen, denen eine endgültige Regelung nachfolgen soll.

Bei einem Vorvertrag sind beide Parteien verpflichtet, sich über diese endgültige Regelung - den Hauptvertrag - zu einigen. Weil die Parteien genau festgelegt haben, wie ihre vorläufige Regelung vervollständigt werden soll, ist der Vorvertrag kein lückenhafter Hauptvertrag (vgl. § 8 III), der von dem Richter ergänzt werden könnte (vgl. § 8 II).

2) Erfüllt wird die Verpflichtung zur Einigung über einen offen gebliebenen Punkt entweder durch Abgabe eines eigenen Angebots oder durch Annahme eines gegnerischen Angebots (vgl. § 9 I 5).

a) Gibt der Gegner kein Angebot ab, dann kann der andere Partner den Erfüllungserfolg dadurch erzwingen, daß er auf Annahme seines Angebots klagt (vgl. § 9 I 5 und § 9 II).

b) Zur ordnungsgemäßen Erfüllung sind nur solche Angebote geeignet, deren Annahme dem Gegner billigerweise noch zugemutet werden kann (vgl. § 9 I 6). Nur insoweit darf der Richter die Parteien kontrollieren.

c) Eine Besonderheit dieser Konstruktion ist es, daß der Erfüllungserfolg (Abschluß eines Hauptvertrags) nicht erzwungen werden kann, wenn beide Parteien divergierende (zumutbare) Angebote machen (vgl. § 9 II 2).

L e b e n s l a u f

Am 25. März 1940 wurde ich in Stuttgart als Sohn des Werbeberaters Walter Schumann und seiner Ehefrau Erna, geb. Gehrke, geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.
Ich besuchte die Volksschule in Magstadt Kreis Böblingen und ab 1950 das Goldberggymnasium Sindelfingen, wo ich am 20. Februar 1959 die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommer 1959 begann ich an der Universität Tübingen mit dem Studium der Volkswirtschaft; seit Herbst 1959 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität Tübingen (1 Semester) und der Freien Universität Berlin (1 Semester), sodann weitere sechs Semester in Tübingen.

Am 27. November 1963 bestand ich die Erste und nach Ableistung des Vorbereitungsdienstes im Lande Baden-Württemberg am 15. Juli 1967 die Zweite juristische Staats - prüfung.

Seit Oktober 1967 bin ich in Sindelfingen als Rechtsanwalt tätig.